



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2020 Vol. 3

3^e cahier, 2020 Vol. 3

Cited as [2020] 3 S.C.R. 499-783

Renvoi [2020] 3 R.C.S. 499-783

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI
ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
EMILY K. MOREAU
CRAIG MRACEK
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE
AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH
ANTHONY DELISLE
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS
ANNE-MARIE GAULIN

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjointes administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ
KATHIA SÉGUIN

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

R. v. Langan 499

Criminal law — Evidence — Admissibility — Assessment — Prior consistent statements — Text messages exchanged between complainant and accused before and after alleged offence admitted into evidence at accused's sexual assault trial — Accused convicted — Majority of Court of Appeal finding trial judge erred by using text messages as prior consistent statements to corroborate complainant's evidence, by failing to hold voir dire to determine relevance of text messages, and in approach to W.(D.) analysis — Majority setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding no errors of law in trial judge's reasons — Conviction restored.

R. v. Kishayinew 502

Criminal law — Sexual assault — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Reliability — Capacity to consent — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred by making findings of fact essential to verdict as to complainant's reliability and capacity to consent that were incompatible with evidence that was not otherwise contradicted or rejected — Majority setting aside conviction — Dissenting judge finding verdict was reasonable as trial judge reached conclusion on reliability that was reasonably available on evidence and did not make inconsistent findings of fact in relation to consent — Conviction restored.

1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc. 504

Torts — Negligence — Duty of care — Pure economic loss — Negligent misrepresentation or performance of service — Negligent supply of shoddy goods or structures — Proximity — Listeria outbreak at plant of exclusive meat supplier resulting in recall of meat products used by restaurant chain franchisees and causing them economic loss — Franchisees not in contractual privity with supplier but bound to purchase meat products exclusively from it through chain of indirect contracts — Whether supplier

SOMMAIRE

R. c. Langan 499

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Appréciation — Déclarations antérieures compatibles — Messages textes échangés par la plaignante et l'accusé avant et après l'infraction reprochée admis en preuve lors du procès de l'accusé pour agression sexuelle — Accusé déclaré coupable — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur en utilisant les messages textes en tant que déclarations antérieures compatibles afin de corroborer le témoignage de la plaignante, en omettant de tenir un voir-dire pour déterminer la pertinence des messages textes, et dans son approche relative à l'analyse énoncée dans l'arrêt W.(D.) — Juges majoritaires annulant la déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès — Juge dissident concluant que les motifs du juge du procès ne comportaient aucune erreur de droit — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. Kishayinew 502

Droit criminel — Agression sexuelle — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Fiabilité — Capacité à consentir — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur en tirant relativement à la fiabilité et à la capacité de consentir de la plaignante des conclusions de fait essentielles au verdict qui étaient incompatibles avec des éléments de preuve par ailleurs non contredits ou rejetés — Déclaration de culpabilité annulée par les juges majoritaires — Conclusion du juge dissident portant que le verdict était raisonnable puisque la décision du juge du procès relativement à la fiabilité était raisonnable eu égard à la preuve et qu'il n'a pas tiré de conclusions de fait contradictoires en ce qui a trait au consentement — Déclaration de culpabilité rétablie.

1688782 Ontario Inc. c. Aliments Maple Leaf Inc. 504

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Perte purement financière — Déclaration inexacte faite par négligence ou prestation négligente d'un service — Fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité — Lien de proximité — Rappel de produits de viande utilisés par les franchisés d'une chaîne de restaurants et perte financière subie par ceux-ci en raison de l'éclosion de listeria à l'usine du fournisseur exclusif de viande — Franchisés n'ayant pas de

CONTENTS (Continued)

owed duty of care to franchisees such that economic losses are recoverable in tort.

R. v. Slatter 592

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Evidence — Reliability and credibility — Witness with intellectual or developmental disability — Accused convicted at trial of sexually assaulting complainant with intellectual and developmental disability — Majority of Court of Appeal holding that trial judge's reasons were insufficient because he failed to address reliability of complainant's evidence in view of expert evidence as to her suggestibility and failed to provide reasons for rejecting defence evidence — Majority of Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge holding that trial judge's reasons allowed for meaningful appellate review on basis that they adequately addressed complainant's reliability and that his rejection of defence evidence was implicit in his reasoned acceptance of complainant's evidence — Conviction restored.

Hydro-Québec v. Matta 595

Property — Real rights — Servitudes — Conventional servitudes — Electrical transmission lines — Hydro-Québec project to construct new electrical transmission line — Construction of new line to be routed in part through lots on which Hydro-Québec already had servitudes established for another line — Owners of lots objecting that rights arising from established servitudes did not permit construction of new line — Whether Hydro-Québec can develop and modernize its system on basis of rights it holds under decades-old servitudes that were established for specific construction projects.

Ontario (Attorney General) v. G 629

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on mental or physical disability — Ontario's sex offender registry regime requiring that individuals either convicted or found not criminally

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lien contractuel avec le fournisseur, mais tenus d'acheter des produits de viande exclusivement de celui-ci dans le cadre d'une chaîne de contrats indirects — Le fournisseur avait-il une obligation de diligence envers les franchisés de sorte que les pertes financières peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle?

R. c. Slatter 592

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs de jugement — Caractère suffisant des motifs — Preuve — Fiabilité et crédibilité — Témoin ayant une déficience intellectuelle ou développementale — Accusé déclaré coupable au procès d'avoir agressé sexuellement une plaignante ayant une déficience intellectuelle et développementale — Décision majoritaire de la Cour d'appel concluant à l'insuffisance des motifs parce qu'ils ne traitaient pas de la fiabilité du témoignage de la plaignante eu égard à la preuve d'expert concernant sa suggestibilité et qu'ils n'exposaient pas les raisons du rejet de la preuve de la défense — Décision majoritaire de la Cour d'appel écartant la déclaration de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — Décision de la juge dissidente portant que les motifs du juge du procès permettaient un véritable examen en appel parce qu'ils traitaient adéquatement de la fiabilité du témoignage de la plaignante et parce que le rejet par le juge du procès de la preuve de la défense ressortait implicitement de son acceptation raisonnée du témoignage de la plaignante — Déclaration de culpabilité rétablie.

Hydro-Québec c. Matta 595

Biens — Droits réels — Servitudes — Servitudes conventionnelles — Lignes de transport d'électricité — Projet de construction par Hydro-Québec d'une nouvelle ligne de transport d'électricité — Construction de la nouvelle ligne prévue en partie sur des terrains sur lesquels Hydro-Québec possède déjà des servitudes établies pour les besoins d'une autre ligne — Objection des propriétaires des terrains portant que les droits découlant des servitudes établies ne permettent pas la construction d'une nouvelle ligne — Hydro-Québec peut-elle aménager et moderniser son réseau en s'autorisant des droits que lui confèrent des servitudes constituées depuis des décennies dans le cadre de projets de construction particuliers?

Ontario (Procureur général) c. G 629

Droit constitutionnel — Chartre des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur une déficience mentale ou physique — Régime d'enregistrement des délinquants sexuels de l'Ontario exigeant que soient consignés au

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

responsible on account of mental disorder (“NCRMD”) of sexual offences have their personal information added to registry and report to police station at least once a year to keep information up to date — Opportunities for exemption from requirements available to individuals found guilty of sexual offences but not to those found NCRMD who have been granted absolute discharge — Whether provincial sex offender registry regime infringes right to equality of such NCRMD individuals — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Christopher’s Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1.

R. v. Delmas 780

Criminal law — Evidence — Assessment — Generalizations and stereotypes — Admissibility — Complainant’s sexual activity — Accused convicted of sexual assault at trial — Trial judge did not rely on stereotypes in assessment of accused’s evidence — Trial judge’s error in not conducting voir dire regarding complainant’s evidence of past sexual relationship with accused did not give rise to substantial wrong or miscarriage of justice — Conviction upheld.

R. v. Mehari 782

Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility — Uneven scrutiny — Trial judge convicting accused of sexual assault — Majority of Court of Appeal finding trial judge erred in credibility assessment by applying different level of scrutiny to evidence of accused compared to that of complainant and ordering new trial — Trial judge made no error warranting intervention on appeal — Matter remitted to Court of Appeal to decide other grounds of appeal.

SOMMAIRE (Fin)

registre les renseignements personnels des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’infractions sexuelles et que ces personnes se présentent au poste de police au moins une fois par année pour mettre leurs renseignements à jour — Possibilités d’être dispensé des exigences offertes aux personnes déclarées coupables d’infractions sexuelles, mais non aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d’une libération inconditionnelle — Le régime provincial d’enregistrement des délinquants sexuels porte-t-il atteinte au droit à l’égalité de ces personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, c. 1.

R. c. Delmas 780

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Généralisations et stéréotypes — Admissibilité — Activité sexuelle de la plaignante — Accusé déclaré coupable d’agression sexuelle au terme du procès — Le juge du procès n’a pas recouru à des stéréotypes dans l’appréciation du témoignage de l’accusé — L’erreur qu’a commise le juge du procès en ne tenant pas de voir-dire relativement au témoignage de la plaignante concernant des rapports sexuels antérieurs avec l’accusé n’a pas entraîné de tort important ou d’erreur judiciaire grave — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Mehari 782

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité — Examen inégal — Juge du procès déclarant l’accusé coupable d’agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d’appel portant que la juge du procès a commis une erreur dans l’appréciation de la crédibilité en soumettant le témoignage de l’accusé à un degré différent d’examen par rapport au témoignage de la plaignante et qu’un nouveau procès doit être ordonné — La juge du procès n’a commis aucune erreur pouvant justifier une intervention en appel — Affaire renvoyée à la Cour d’appel pour qu’elle statue sur les autres moyens d’appel.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Roy Langan *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Independent Criminal Defence Advocacy
Society and
Canadian Association for Equality**
Intervenors

INDEXED AS: R. v. LANGAN

2020 SCC 33

File No.: 39019.

2020: November 5.

Present: Abella, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Assessment — Prior consistent statements — Text messages exchanged between complainant and accused before and after alleged offence admitted into evidence at accused's sexual assault trial — Accused convicted — Majority of Court of Appeal finding trial judge erred by using text messages as prior consistent statements to corroborate complainant's evidence, by failing to hold voir dire to determine relevance of text messages, and in approach to W.(D.) analysis — Majority setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding no errors of law in trial judge's reasons — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and MacKenzie and Stromberg-Stein J.J.A.), 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516, 452 D.L.R. (4th) 178, [2019] B.C.J. No. 2450 (QL), 2019 CarswellBC 3744 (WL Can.),

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Roy Langan *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Independent Criminal Defence Advocacy
Society et
Association canadienne pour l'égalité**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. LANGAN

2020 CSC 33

N° du greffe : 39019.

2020 : 5 novembre.

Présents : Les juges Abella, Côté, Brown, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Appréciation — Déclarations antérieures compatibles — Messages textes échangés par la plaignante et l'accusé avant et après l'infraction reprochée admis en preuve lors du procès de l'accusé pour agression sexuelle — Accusé déclaré coupable — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur en utilisant les messages textes en tant que déclarations antérieures compatibles afin de corroborer le témoignage de la plaignante, en omettant de tenir un voir-dire pour déterminer la pertinence des messages textes, et dans son approche relative à l'analyse énoncée dans l'arrêt W.(D.) — Juges majoritaires annulant la déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès — Juge dissident concluant que les motifs du juge du procès ne comportaient aucune erreur de droit — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges MacKenzie et Stromberg-Stein), 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516, 452 D.L.R. (4th) 178, [2019] B.C.J. No. 2450 (QL), 2019 CarswellBC 3744

setting aside the conviction of the accused for sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed, Côté and Brown JJ. dissenting.

C. Geoff Baragar, Q.C., and Lauren A. Chu, for the appellant.

Jerry Steele and Elliot Holzman, for the respondent.

Christine Bartlett-Hugues, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Adam Weisberg, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric Purtzki, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Daniel P. Sommers, for the intervener the Canadian Association for Equality.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — A majority is of the view to allow the appeal for the reasons of Chief Justice Bauman. Justices Côté and Brown would dismiss substantially for the reasons of Justice Stromberg-Stein.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Steele Law Corporation, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Weisberg Law, Toronto.

(WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Côté et Brown sont dissidents.

C. Geoff Baragar, c.r., et Lauren A. Chu, pour l'appelante.

Jerry Steele et Elliot Holzman, pour l'intimé.

Christine Bartlett-Hugues, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Adam Weisberg, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric Purtzki, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Daniel P. Sommers, pour l'intervenante l'Association canadienne pour l'égalité.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Nous sommes d'avis, à la majorité, d'accueillir l'appel pour les motifs rédigés par le juge en chef Bauman. Les juges Côté et Brown rejetteraient l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par la juge Stromberg-Stein.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Steele Law Corporation, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Weisberg Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Melville Law Chambers, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Equality: Da Cruz Sommers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Melville Law Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour l'égalité : Da Cruz Sommers, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Monty Shane Kishayinew *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KISHAYINEW

2020 SCC 34

File No.: 38962.

2020: November 5.

Present: Moldaver, Côté, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Sexual assault — Unreasonable verdict — Evidence — Assessment — Reliability — Capacity to consent — Accused convicted of sexual assault — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred by making findings of fact essential to verdict as to complainant’s reliability and capacity to consent that were incompatible with evidence that was not otherwise contradicted or rejected — Majority setting aside conviction — Dissenting judge finding verdict was reasonable as trial judge reached conclusion on reliability that was reasonably available on evidence and did not make inconsistent findings of fact in relation to consent — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Barrington-Foote and Tholl JJ.A.), 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560, 60 C.R. (7th) 51, [2019] S.J. No. 472 (QL), 2019 CarswellSask 613 (WL Can.), setting aside the conviction for sexual assault entered by Turcotte J., 2017 SKQB 177, [2017] S.J. No. 287 (QL), 2017 CarswellSask 339 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

W. Dean Sinclair, Q.C., for the appellant.

Brian Pfefferle and Aleida Oberholzer, for the respondent.

Louis Belleau, as *amicus curiae*.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Monty Shane Kishayinew *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. KISHAYINEW

2020 CSC 34

N° du greffe : 38962.

2020 : 5 novembre.

Présents : Les juges Moldaver, Côté, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Agression sexuelle — Verdict déraisonnable — Preuve — Appréciation — Fiabilité — Capacité à consentir — Accusé déclaré coupable d’agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d’appel portant que le juge du procès a commis une erreur en tirant relativement à la fiabilité et à la capacité de consentir de la plaignante des conclusions de fait essentielles au verdict qui étaient incompatibles avec des éléments de preuve par ailleurs non contredits ou rejetés — Déclaration de culpabilité annulée par les juges majoritaires — Conclusion du juge dissident portant que le verdict était raisonnable puisque la décision du juge du procès relativement à la fiabilité était raisonnable eu égard à la preuve et qu’il n’a pas tiré de conclusions de fait contradictoires en ce qui a trait au consentement — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Barrington-Foote et Tholl), 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560, 60 C.R. (7th) 51, [2019] S.J. No. 472 (QL), 2019 CarswellSask 613 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée par le juge Turcotte, 2017 SKQB 177, [2017] S.J. No. 287 (QL), 2017 CarswellSask 339 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

W. Dean Sinclair, c.r., pour l’appelante.

Brian Pfefferle et Aleida Oberholzer, pour l’intimé.

Louis Belleau, en qualité d’*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — A majority of the Court is of the view that, when read in context, the trial judge’s reasons make it clear that he was satisfied, beyond a reasonable doubt, that the complainant did not subjectively consent to any sexual activity with Mr. Kishayinew. On this point, we are in agreement with the reasons of Justice Tholl in dissent, at paras. 52-78 of his judgment. The trial judge correctly recognized that, as a result of the complainant’s memory blackouts, the only evidence available on the issue of subjective consent was the circumstantial evidence — that the complainant was crying and disoriented, that she did not want to go with Mr. Kishayinew, that she did not consent to his attempts to kiss or touch her, that she attempted to leave the house several times, and that, upon recovering from her blackout, she felt frightened, “weird down below”, and wanted to escape. In our view, as the trial judge’s reasons at paras. 94, 96 and 97 (2017 SKQB 177 (CanLII)) make apparent, this evidence reasonably permits only one inference: that the complainant did not consent to any touching from Mr. Kishayinew. This finding is sufficient to support the conviction for sexual assault.

[2] Justice Côté, dissenting, would have dismissed the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Saskatchewan Court of Appeal.

[3] Accordingly, in the result, we would allow the appeal, restore the conviction for sexual assault, and remand the sentence appeal back to the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — La Cour est d’avis à la majorité que, considérés dans leur contexte, les motifs du juge du procès indiquent clairement qu’il était convaincu, hors de tout doute raisonnable, que la plaignante n’avait pas subjectivement consenti à quelque activité sexuelle que ce soit avec M. Kishayinew. Sur ce point, nous souscrivons aux motifs exposés par le juge Tholl, en dissidence, aux par. 52 à 78 de sa décision. Le juge du procès a à juste titre reconnu qu’en raison des trous de mémoire de la plaignante, la seule preuve qui existait quant à la question du consentement subjectif était la preuve circonstancielle suivante — la plaignante pleurait et était désorientée, elle ne voulait pas suivre M. Kishayinew, elle n’avait pas consenti à ses tentatives de l’embrasser ou de la toucher, elle avait tenté de quitter la maison à plusieurs reprises, et, après son trou de mémoire, elle s’était sentie effrayée et [TRADUCTION] « bizarre dans le bas-ventre » et voulait s’échapper. À notre avis, ainsi qu’il ressort des par. 94, 96 et 97 des motifs du juge du procès (2017 SKQB 177 (CanLII)), une seule inférence peut raisonnablement être tirée de cette preuve : la plaignante n’a consenti à aucun attouchement par M. Kishayinew. Cette conclusion est suffisante pour appuyer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle.

[2] La juge Côté, dissidente, aurait rejeté l’appel, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan.

[3] En conséquence, nous accueillons l’appel, rétablissons la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et renvoyons l’appel de la peine à la Cour d’appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l’appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l’intimé : Pfefferle Law Office, Saskatoon.

1688782 Ontario Inc. *Appellant*

v.

**Maple Leaf Foods Inc. and
Maple Leaf Consumer Foods Inc.**
*Respondents***INDEXED AS: 1688782 ONTARIO INC. v.
MAPLE LEAF FOODS INC.****2020 SCC 35**

File No.: 38187.

2019: October 15; 2020: November 6.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Torts — Negligence — Duty of care — Pure economic loss — Negligent misrepresentation or performance of service — Negligent supply of shoddy goods or structures — Proximity — Listeria outbreak at plant of exclusive meat supplier resulting in recall of meat products used by restaurant chain franchisees and causing them economic loss — Franchisees not in contractual privity with supplier but bound to purchase meat products exclusively from it through chain of indirect contracts — Whether supplier owed duty of care to franchisees such that economic losses are recoverable in tort.

In 2008, a number of Mr. Sub franchisees were affected by the decision of Maple Leaf to recall meat products that had been processed in one of its factories in which a listeria outbreak had occurred. Following the recall, the franchisees experienced a shortage of product for six to eight weeks. At the time, the relationship between Mr. Sub and Maple Leaf was governed by an exclusive supply agreement pursuant to which Maple Leaf was made the exclusive supplier of ready-to-eat meats served in all Mr. Sub restaurants. To give effect to this arrangement, the franchise agreement between Mr. Sub and its franchisees required them to purchase ready-to-eat meats produced

1688782 Ontario Inc. *Appelante*

c.

**Aliments Maple Leaf Inc. et
Aliments de consommation Maple Leaf Inc.**
*Intimées***RÉPERTORIÉ : 1688782 ONTARIO INC. c.
ALIMENTS MAPLE LEAF INC.****2020 CSC 35**

N° du greffe : 38187.

2019 : 15 octobre; 2020 : 6 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
L'ONTARIO**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Perte purement financière — Déclaration inexacte faite par négligence ou prestation négligente d'un service — Fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité — Lien de proximité — Rappel de produits de viande utilisés par les franchisés d'une chaîne de restaurants et perte financière subie par ceux-ci en raison de l'écllosion de listeria à l'usine du fournisseur exclusif de viande — Franchisés n'ayant pas de lien contractuel avec le fournisseur, mais tenus d'acheter des produits de viande exclusivement de celui-ci dans le cadre d'une chaîne de contrats indirects — Le fournisseur avait-il une obligation de diligence envers les franchisés de sorte que les pertes financières peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle?

En 2008, un certain nombre de franchisés de Mr. Sub ont été lésés par la décision de Maple Leaf de rappeler des produits de viande transformés dans une de ses usines touchées par une écllosion de listeria. À la suite du rappel, les franchisés ont connu une pénurie de produits pendant six à huit semaines. À l'époque, la relation entre Mr. Sub et Maple Leaf était régie par un contrat d'approvisionnement exclusif qui faisait de Maple Leaf le fournisseur exclusif des viandes prêtes à manger servies dans tous les restaurants Mr. Sub. Pour donner effet à cette entente, le contrat de franchisage entre Mr. Sub et ses franchisés exigeait de ces derniers qu'ils achètent les viandes prêtes

exclusively by Maple Leaf. No contractual relationship ever existed between the franchisees and Maple Leaf, each being linked to the other indirectly through separate contracts with Mr. Sub.

A class action against Maple Leaf on behalf of the franchisees was certified, in which the franchisees claimed to have suffered economic loss and reputational injury due to their association with contaminated meat products and advanced claims in tort law, seeking compensation for lost past and future sales, past and future profits, capital value of the franchises and goodwill. Maple Leaf unsuccessfully brought a motion for summary judgment dismissing these claims. The motion judge held that Maple Leaf owed the franchisees a duty to supply a product fit for human consumption, and that the contaminated meat products posed a real and substantial danger, so as to ground a duty of care. The Court of Appeal allowed Maple Leaf's appeal, and found that no duty of care was owed to the franchisees. It determined that the motion judge's decision to allow these claims to proceed could not stand in light of the Court's decision in *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, which had been decided following the disposition of the motion for summary judgment.

Held (Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.: Maple Leaf does not owe a duty of care to the franchisees in respect of these matters. Though the common law readily imposes liability for negligent interference with and injury to the rights in bodily integrity, mental health and property, it has been slow to accord protection to purely economic interests. Pure economic loss may be recoverable in certain circumstances, but there is no general right in tort protecting against the negligent or intentional infliction of pure economic loss.

Pure economic loss is economic loss that is unconnected to a physical or mental injury to the plaintiff's person, or physical damage to property. It is distinct from consequential economic loss, being economic loss that results from damage to the plaintiff's rights, such as wage losses or costs of care incurred by someone injured. To

à manger produites exclusivement par Maple Leaf. Aucun lien contractuel n'a jamais existé entre les franchisés et Maple Leaf, chacun étant indirectement lié à l'autre par l'entremise de contrats distincts avec Mr. Sub.

Un recours collectif intenté contre Maple Leaf pour le compte des franchisés a été certifié. Dans ce recours, les franchisés prétendent avoir subi une perte financière ainsi qu'une atteinte à leur réputation pour avoir été associés à des produits de viande contaminés; ils y font aussi valoir des prétentions fondées sur le droit de la responsabilité délictuelle et demandent une indemnisation pour la perte de ventes et de profits passés et futurs, ainsi que pour la perte de la valeur en capital des franchises et de la clientèle. Maple Leaf a sans succès déposé une motion en jugement sommaire rejetant ces prétentions. La juge des motions a conclu que Maple Leaf était tenue envers les franchisés à une obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine, et que les produits de viande contaminés présentaient un danger réel et important de manière à fonder l'existence d'une obligation de diligence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de Maple Leaf et a conclu qu'il n'y avait aucune obligation de diligence envers les franchisés. Elle a statué que la décision de la juge des motions, qui a permis l'instruction des prétentions, ne pouvait être maintenue compte tenu de l'arrêt de la Cour *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, qui a été rendu après le prononcé de la décision sur la motion en jugement sommaire.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin : Maple Leaf n'a pas d'obligation de diligence envers les franchisés à l'égard de ces questions. Bien que la common law impose volontiers une responsabilité en cas d'atteinte et de préjudice portés par négligence aux droits sur l'intégrité corporelle, la santé mentale et la propriété, elle a mis du temps à accorder une protection aux intérêts purement financiers. La perte purement financière peut être indemnisable dans certaines circonstances, mais il n'existe aucun droit général, en responsabilité délictuelle, à une protection contre la perte purement financière causée par négligence ou de façon intentionnelle.

La perte purement financière est une perte financière sans lien avec le préjudice corporel ou psychologique subi par le demandeur, ou le dommage matériel causé à un bien. Elle est distincte de la perte financière indirecte, qui est la perte financière qui résulte d'un préjudice porté aux droits du demandeur, comme la perte de salaire ou le

recover for any type of negligently caused loss, a plaintiff must prove all the elements of the tort of negligence: (1) that the defendant owed the plaintiff a duty of care; (2) that the defendant's conduct breached the standard of care; (3) that the plaintiff sustained damage; and (4) that the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach. To satisfy the element of damage, the loss sought to be recovered must be the result of an interference with a legally cognizable right.

The current categories of pure economic loss between private parties are: (1) negligent misrepresentation or performance of a service; (2) negligent supply of shoddy goods or structures; and (3) relational economic loss. The distinguishing feature among each of these categories is that they describe how the loss occurred. However, a duty of care cannot be established by showing that a claim fits within one of these categories, as they are but mere analytical tools. Invoking a category offers no substitute for the necessary examination that must take place into whether the parties were at the time of the loss in a sufficiently proximate relationship. Proximity is and remains the controlling concept.

In *Livent*, cases of negligent misrepresentation and negligent performance of a service were brought into accord with the duty of care framework laid out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492, and later refined in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537. Previously, the duty analysis grounded a *prima facie* duty of care on mere foreseeability of injury. *Cooper* signalled a shift from that test by establishing the requirements of both proximity of relationship and foreseeability of injury. Foreseeability alone was deemed to be insufficient, as a duty arises only where a relationship of proximity obtains. Duty in tort law is a general notion describing a class or type of case, not a particular fact situation. In particular, the inquiry into reasonable foreseeability of injuries asks whether the type of injury to the relevant class of persons could have been foreseen. As such, each component of the *Anns/Cooper* analysis supporting a *prima facie* duty raises questions of law reviewable under the correctness standard.

coût des soins engagé par la personne qui a subi un préjudice. Pour être indemnisé de tout type de perte causée par la négligence, le demandeur doit faire la preuve de tous les éléments constitutifs du délit de négligence, à savoir que : (1) le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur; (2) le comportement du défendeur a contrevenu à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi un préjudice; et (4) le préjudice a été causé, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. Pour satisfaire à l'élément de préjudice, la perte à l'égard de laquelle une indemnisation est demandée doit résulter d'une atteinte à un droit susceptible d'être reconnu juridiquement.

Les catégories actuelles de perte purement financière subie entre parties privées sont : (1) la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d'un service; (2) la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité; et (3) la perte financière relationnelle. Ce qui distingue ces catégories est que chacune d'elles décrit comment la perte a eu lieu. Cependant, il n'est pas possible d'établir l'existence d'une obligation de diligence en démontrant qu'une réclamation relève d'une de ces catégories, car ces dernières ne sont que de simples outils d'analyse. Le fait d'invoquer une catégorie ne saurait remplacer l'examen nécessaire pour déterminer s'il existait, au moment de la perte, un lien de proximité suffisant entre les parties. Le lien de proximité est et demeure la notion déterminante.

Dans l'arrêt *Livent*, les affaires de déclaration inexacte faite par négligence et de prestation négligente d'un service ont été arrimées avec le cadre d'analyse de l'obligation de diligence exposé dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492, et plus tard précisé dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537. L'analyse de l'obligation de diligence fondait auparavant une obligation de diligence *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice. L'arrêt *Cooper* s'est éloigné de ce critère en établissant les exigences de la proximité du lien et de la prévisibilité du préjudice. La prévisibilité a été considérée insuffisante à elle seule, puisqu'il n'y a obligation que s'il existe un lien de proximité. En droit de la responsabilité délictuelle, l'obligation de diligence est une notion générale qui renvoie à une catégorie ou à un type de causes, et non à une situation de fait particulière. En particulier, l'analyse de la prévisibilité raisonnable du préjudice appelle à se demander si le type de préjudice causé à la catégorie pertinente de personnes aurait pu être prévu. Ainsi, chaque élément de l'analyse issue des arrêts *Anns* et *Cooper* qui étaye l'existence d'une obligation *prima facie* soulève des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative of whether proximity is established: the defendant's undertaking, and the plaintiff's reliance. The proximate relationship is formed when the defendant undertakes responsibility which invites reasonable and detrimental reliance by the plaintiff upon the defendant for that purpose. It is the intended effect of the defendant's undertaking upon the plaintiff's autonomy that brings the defendant into a relationship of proximity with the plaintiff. Where that effect works to the plaintiff's detriment, it is a wrong to the plaintiff entitling it to its pre-reliance circumstance. But that entitlement operates only so far as the undertaking goes. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the undertaking falls outside the scope of the proximate relationship. That is because reliance that exceeds the purpose of the defendant's undertaking is not reasonable, and therefore not foreseeable. In the present case, the undertaking by Maple Leaf to provide ready-to-eat meats fit for human consumption was made to consumers with the purpose of assuring them that their interests were being kept in mind, and not to commercial intermediaries such as the franchisees. The business interests of the franchisees lie outside the scope and purpose of the undertaking.

The parameters established in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, recognize that recovery for economic loss in cases of negligent supply of shoddy goods or structures is founded upon the defendant's negligent interference with a right to be free from injury to one's person or property. A breach of the duty laid out in *Winnipeg Condominium* exposes the defendant to liability for the cost of averting a real and substantial danger, but not of repairing a defect. The duty is based on the reasonable foreseeability of injury to other persons and property in the community, and the presence of danger is the linchpin of the analysis. Shoddy products, as opposed to dangerous ones, raise different questions which are better channelled through the law of contract. The potential injury to persons or property grounds not only the duty but also one's entitlement to the cost of putting the good or structure back into a non-dangerous state. Allowing recovery exceeding the costs associated with removing the danger goes beyond what is necessary to safeguard the right protected. The *Winnipeg Condominium* liability rule applies to products other than building structures, but in such cases the duty is narrow.

En cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente de service, deux facteurs sont déterminants quant à savoir si un lien de proximité est établi : l'engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. Le lien de proximité se forme lorsque le défendeur assume une responsabilité qui invite le demandeur à lui accorder raisonnablement et à son détriment sa confiance à cette fin. C'est l'effet recherché de l'engagement pris par le défendeur sur l'autonomie du demandeur qui fait en sorte que le défendeur a un lien de proximité avec le demandeur. Lorsque cet effet joue au détriment du demandeur, c'est un tort causé à ce dernier lui donnant droit d'être placé dans la situation dans laquelle il se trouvait avant de faire confiance au défendeur. Cependant, ce droit ne va pas plus loin que l'engagement. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l'engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée excède le cadre du lien de proximité. Il en est ainsi parce que la confiance qui excède l'objet de l'engagement du défendeur n'est pas raisonnable et n'est donc pas prévisible. En l'espèce, l'engagement de Maple Leaf à fournir des viandes prêtes à manger qui soient propres à la consommation humaine a été pris envers les consommateurs, dans l'intention d'assurer à ceux-ci que leurs intérêts n'étaient pas oubliés, et non pas envers des intermédiaires commerciaux tels que les franchisés. Les intérêts commerciaux des franchisés excèdent la portée et l'objet de l'engagement.

Les paramètres établis dans l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, reconnaissent que l'indemnisation pour une perte financière en cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité est fondée sur le fait que le défendeur a porté atteinte par négligence au droit d'une personne d'être à l'abri de tout préjudice porté à sa personne ou à ses biens. Le manquement à l'obligation énoncée dans l'arrêt *Winnipeg Condominium* expose le défendeur à une responsabilité pour les frais engagés en vue d'éviter un danger réel et important, mais non de réparer un vice. L'obligation est fondée sur la prévisibilité raisonnable qu'un préjudice soit causé à d'autres personnes et à d'autres biens dans la collectivité, et la présence d'un danger est l'élément clé de l'analyse. Les produits qui sont de mauvaise qualité, par opposition à ceux qui sont dangereux, soulèvent des questions différentes qu'il est préférable d'examiner sous l'angle du droit des contrats. La possibilité qu'un préjudice soit porté à une personne ou à des biens sert de fondement non seulement à l'obligation, mais aussi au droit à une indemnisation pour les frais engagés pour remettre le

What a plaintiff can recover will ultimately be confined by the duty's concern for averting danger, and will be determined by the feasibility of discarding the thing posing a danger. In assessing the possibility of discarding the thing, the plaintiff must show that it is effectively bereft of reasonable options. When applied to goods, such cases will be rare. Here, any danger posed by the supply of ready-to-eat meats could be a danger only to the ultimate consumer, and not to the franchisees. Further, while the ready-to-eat meats may have posed a real and substantial danger to consumers when they were manufactured, any such danger evaporated when they were recalled and destroyed.

Developments to the law of negligence signify that claims under *Winnipeg Condominium* must now attend to an inquiry into the requisite element of proximity. Proximity informs the foreseeability inquiry and should be considered first, as the considerations that support a finding of proximity also limit the type of injury that may be reasonably foreseen to result from the defendant's negligence. Assessing proximity proceeds in two steps and requires asking whether, in light of the nature of the relationship at issue, the parties are in such a close and direct relationship that it would be just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law. The court must first determine whether proximity can be made out by reference to an established or analogous category of proximate relationship. At this stage, the particular factors which justified recognizing that particular category should be scrutinized. As between parties to a relationship, some acts or omissions might amount to a breach of duty, while others will not. If the court determines that proximity cannot be based on an established or analogous category, it must then conduct a full proximity analysis. In so doing, all relevant factors present in the relationship must be examined, including expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Under this step, the fact that the parties could have protected their interests under contract is a crucial consideration. Contractual silence will not automatically foreclose the imposition of a duty of care, but courts must be careful

bien ou la structure dans un état où il ne présente plus de danger. Permettre une indemnisation qui excède les frais liés à la suppression du danger va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder le droit protégé. La règle de responsabilité de l'arrêt *Winnipeg Condominium* s'applique à des produits autres que des structures d'immeuble, mais, dans de tels cas, l'obligation est de portée restreinte. L'indemnisation que peut obtenir le demandeur sera limitée en fin de compte par le souci d'éviter un danger qui anime cette obligation, et sera déterminée par la possibilité de se défaire de la chose qui présente un danger. Dans l'évaluation de la possibilité de se défaire de la chose, le demandeur doit établir qu'il ne dispose effectivement d'aucune option raisonnable. Lorsqu'il s'agit de biens, de tels cas seront rares. En l'espèce, tout danger posé par la fourniture de viandes prêtes à manger ne pouvait constituer un danger que pour le dernier consommateur, et non pour les franchisés. De plus, bien que les viandes prêtes à manger puissent avoir posé un danger réel et important pour les consommateurs lorsqu'elles ont été fabriquées, tout danger de ce genre a disparu lorsqu'elles ont été rappelées et détruites.

L'évolution du droit de la négligence signifie que les prétentions fondées sur l'arrêt *Winnipeg Condominium* doivent maintenant faire l'objet d'un examen de l'élément du lien de proximité requis. Le lien de proximité sert à guider l'analyse de la prévisibilité et devrait être examiné en premier, car les considérations étayant une conclusion selon laquelle il existe un lien de proximité limitent également le type de préjudice dont on peut raisonnablement prévoir qu'il découlera de la négligence du défendeur. L'examen du lien de proximité comporte deux étapes et appelle à se demander si, compte tenu de la nature de la relation en cause, le lien entre les parties est à ce point étroit et direct qu'il serait, vu ce lien, juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence. Le tribunal doit d'abord déterminer si le lien de proximité peut être établi en fonction d'une catégorie établie ou analogue de lien de proximité. À cette étape, les facteurs particuliers qui ont permis d'établir cette catégorie particulière devraient être examinés minutieusement. Entre parties à une relation, certains actes ou omissions peuvent constituer un manquement à une obligation, alors que d'autres actes ou omissions n'en constitueront pas un. Si le tribunal détermine que le lien de proximité ne peut reposer sur une catégorie établie ou analogue, il doit alors procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité. Ce faisant, il doit examiner tous les facteurs pertinents présents dans la relation, notamment les attentes, les déclarations, la confiance, les biens en cause et les autres intérêts en jeu. À cette étape,

not to disrupt the allocations of risk reflected in relevant contractual arrangements.

In the present case, proximity cannot be established by reference to a recognized category of proximate relationship, nor by conducting a full proximity analysis. Though the franchise agreement worked a vulnerability upon the franchisees, it did not have the effect of establishing a proximate relationship between them and Maple Leaf. The franchisees were not consumers, but commercial actors whose choice to enter into that arrangement substantially informed the expectations of their relationship with Maple Leaf. As there is no relationship of proximity between Maple Leaf and the franchisees under the *Winnipeg Condominium* rule, there is also no proximity for the purposes of recognizing a novel duty of care.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer J.J. (dissenting): There is agreement with the majority that the franchisees' claim does not fall within an existing category of economic loss or an established or analogous relationship of proximity. However, it is just and fair to impose a novel duty of care on Maple Leaf in the circumstances, and the appeal should therefore be allowed.

Historically, the common law did not allow for recovery of losses in negligence that were not consequent to physical injury or property damage. Over the years, however, Canadian courts have repeatedly affirmed that there is no general bar against recovery of economic loss for negligence. As a cause of action, claims concerning the recovery of economic loss are identical to any other claim in negligence in that the plaintiff must establish a duty, a breach, damage and causation.

The proper approach to assessing whether a duty of care exists is the two-step inquiry established in *Anns* and adjusted in *Cooper*. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises and the court considers whether any residual policy considerations negate that duty at the second stage. Where a case falls within or is analogous to a previously recognized category of proximity, and reasonable foreseeability

le fait que les parties auraient pu protéger leurs intérêts par contrat est une considération cruciale. Le silence du contrat n'empêchera pas automatiquement l'imposition d'une obligation de diligence, mais les tribunaux doivent prendre garde de ne pas perturber la répartition du risque reflété dans les ententes contractuelles pertinentes.

En l'espèce, un lien de proximité ne peut être établi en fonction d'une catégorie reconnue de lien de proximité, ni en procédant à une analyse exhaustive à cet égard. Bien qu'il ait eu pour effet de placer les franchisés dans un état de vulnérabilité, le contrat de franchisage n'a pas eu pour effet d'établir un lien de proximité entre ces derniers et Maple Leaf. Les franchisés n'étaient pas des consommateurs, mais des acteurs commerciaux dont la décision de conclure cette entente apportait un éclairage important sur les attentes à l'égard de leur relation avec Maple Leaf. Comme aucun lien de proximité n'existe entre Maple Leaf et les franchisés en vertu de la règle établie dans *Winnipeg Condominium*, il n'existe également aucun lien de proximité aux fins de la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la réclamation des franchisés n'entre pas dans l'une des catégories existantes de perte financière ou dans l'une des catégories établies ou analogues de lien de proximité. Cependant, il est juste et équitable d'imposer une nouvelle obligation de diligence à Maple Leaf dans les circonstances, et le pourvoi devrait donc être accueilli.

Autrefois, la common law ne permettait pas l'indemnisation des pertes causées par négligence qui ne découlaient pas d'un préjudice corporel ou d'un dommage aux biens. Au fil des ans, toutefois, les tribunaux canadiens ont maintes fois répété qu'il n'existe aucune interdiction générale qui empêche l'indemnisation des pertes financières causées par négligence. Pour établir son droit, la personne qui réclame des dommages-intérêts relativement à une perte financière doit, à l'instar de toute personne qui invoque la négligence, faire la preuve d'une obligation, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il convient de procéder à l'analyse en deux étapes exposée dans l'arrêt *Anns*, puis adaptée dans l'arrêt *Cooper*. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie* et le tribunal doit se demander à la deuxième étape si cette obligation est écartée par des considérations de politique résiduelles. Si une affaire appartient ou est analogue

is also established, then a *prima facie* duty may be found without a full analysis.

While specific types of economic losses have been identified, it is the duty of care and not the category of economic loss that dictates whether economic loss is recoverable in negligence. The existing categories can act as analytical tools, but the scope of allowable economic loss is not limited to them. In cases engaging a novel relationship and requiring a full *Anns/Cooper* analysis, courts should be attentive to the specific circumstances of the case, as the traditional policy concerns may not always arise. The core inquiry is the two-step analysis, responsive to the facts at hand.

In the present case, the franchisees' claim engages novel issues and a different set of policy considerations that should be considered through a novel duty of care analysis. The usual indication of proximity is foreseeability, and this can be a useful starting point. Assessing proximity first may be helpful in cases of negligent misrepresentation, but this will not always be the case for other types of tort claims. The reasonable foreseeability inquiry requires the court to ask whether the type of injury to the plaintiff, or to a class of persons to which the plaintiff belongs, was reasonably foreseeable to someone in the defendant's position. It was foreseeable that the franchisees would be identified as a public-facing retailer of potentially tainted meats while the meats posed a real danger to public health.

Reasonable foreseeability of harm must be supplemented by proximity. In assessing proximity, the overarching question is whether the parties are in such a close and direct relationship that it would be just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law. The factors to assess that relationship are diverse and depend on the circumstances of each case, but include the expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. In the present case, there was a proximate relationship between Maple Leaf and the franchisees such that Maple Leaf was under an obligation to be mindful of the franchisees' interests. It was clearly contemplated by the partnership agreement

à une catégorie déjà reconnue de lien de proximité, et que la prévisibilité raisonnable est aussi établie, il est alors possible de conclure à l'existence d'une obligation *prima facie* sans procéder à une analyse complète.

Bien que des types particuliers de pertes financières aient été établis, c'est l'obligation de diligence et non la catégorie de perte financière qui détermine si une perte financière est susceptible d'indemnisation pour négligence. Les catégories existantes peuvent servir d'outils d'analyse, mais l'étendue des pertes financières admises ne se limite pas à ces catégories. Dans les affaires mettant en cause un nouveau type de relation et exigeant une analyse exhaustive fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper*, les tribunaux devraient être attentifs aux circonstances particulières de l'affaire, parce que les considérations de politique traditionnelles pourraient ne pas toujours se soulever. L'analyse à deux volets, adaptée aux faits de l'espèce, constitue l'analyse fondamentale.

En l'espèce, l'action des franchisés soulève de nouvelles questions et des considérations de politique différentes qui devraient être examinées dans le cadre d'une analyse concernant une nouvelle obligation de diligence. L'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité, et cette dernière peut constituer un bon point de départ. Il peut être utile de commencer par l'examen du lien de proximité dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence, mais ce ne sera pas toujours le cas pour d'autres types d'actions en responsabilité délictuelle. L'examen de la prévisibilité raisonnable exige que le tribunal se demande si le type de préjudice subi par le demandeur, ou par la catégorie de personnes à laquelle il appartient, était raisonnablement prévisible pour une personne se trouvant dans la situation du défendeur. Il était prévisible que les franchisés seraient considérés comme des détaillants qui vendaient au grand public des viandes susceptibles d'être contaminées alors que ces viandes posaient un véritable danger pour la santé publique.

La prévisibilité raisonnable du préjudice doit se doubler de la proximité. Dans l'examen du lien de proximité, la question primordiale est de savoir si le lien entre les parties est à ce point étroit et direct qu'il serait, vu ce lien, juste et équitable en droit d'imposer une obligation de diligence. Les facteurs servant à évaluer ce lien sont variés et dépendent des circonstances de l'affaire, mais incluent les attentes, les déclarations, la confiance, les biens en cause et les autres intérêts en jeu. En l'espèce, il existait un lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés, si bien que Maple Leaf était tenue de se soucier des intérêts des franchisés. Le contrat d'association envisageait clairement que les franchisés utiliseraient et vendraient les produits

that the franchisees would be using and selling Maple Leaf products, and that they could enter into direct contact with Maple Leaf. Unlike other retailers of Maple Leaf products, the franchisees were bound to use Maple Leaf meats exclusively and were in a business that centred on such meats, placing them in a particularly dependent relationship. Thus, Maple Leaf established a close relationship with the franchisees.

In cases involving pure economic loss, the contractual matrix linking the parties can be an important factor in finding a lack of proximity. When considering whether a plaintiff was able to contractually protect itself from the types of economic loss claimed, a realistic approach must be taken. An overly formalistic appeal to protection through contract risks failing to take into account the parties' actual circumstances, including their commercial sophistication and bargaining power. In the case at bar, the prospect of the franchisees protecting themselves by contract was illusory, placing them in a particularly dependent and vulnerable relationship with Maple Leaf. Far from negating proximity between Maple Leaf and the franchisees, the contractual matrix strengthens it.

In the context of this close and direct relationship, Maple Leaf was under a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods. Subject to the other requirements of negligence being met, it is fair and just to hold Maple Leaf responsible for the franchisees' direct economic consequences of being associated with unsafe Maple Leaf products while they posed a danger to consumer health. None of the residual policy considerations — that is, the risk of a negative impact on the marketplace by raising the spectre of indeterminate liability for manufacturers or of chilling effects on manufacturers issuing voluntary recalls — are sufficiently persuasive to oust the *prima facie* duty of care on Maple Leaf.

Cases Cited

By Brown and Martin JJ.

Applied: *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; **distinguished:** *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. v. Tanshaw Products Inc.*, 2005 ABQB 300, 379 A.R. 1; *Country*

Maple Leaf et qu'ils pourraient avoir un contact direct avec Maple Leaf. Contrairement à d'autres détaillants de produits Maple Leaf, les franchisés étaient tenus d'utiliser exclusivement les viandes Maple Leaf et celles-ci étaient au centre de leur entreprise, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance particulière. En conséquence, Maple Leaf a établi un lien étroit avec les franchisés.

Dans les affaires de perte purement financière, le cadre contractuel qui unit les parties peut être un facteur important pour conclure à l'absence de lien de proximité. Pour déterminer si un demandeur pouvait se protéger contractuellement contre les types de perte financière qu'il réclame, une approche réaliste doit être adoptée. En appeler de façon trop formaliste à la protection contractuelle risque de ne pas tenir compte de la situation véritable des parties, notamment leur expérience commerciale et leur pouvoir de négociation. En l'espèce, la possibilité pour les franchisés de se protéger par contrat était illusoire, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance et de vulnérabilité particulières avec Maple Leaf. Loin d'écarter le lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés, le cadre contractuel renforce celui-ci.

Compte tenu de ce lien étroit et direct, Maple Leaf avait l'obligation d'agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu'aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits. Pour autant qu'il soit satisfait aux autres exigences en matière de négligence, il est juste et équitable de tenir Maple Leaf responsable des conséquences financières directes qu'ont subies les franchisés pour avoir été associés aux produits dangereux de Maple Leaf alors qu'ils présentaient un danger pour la santé des consommateurs. Aucune des considérations de politique résiduelles — c'est-à-dire le risque qu'il y ait une incidence négative sur le marché du fait qu'est soulevé le spectre d'une responsabilité indéterminée pour les fabricants ou qu'il y ait un effet paralysant sur les fabricants qui procèdent à des rappels volontaires — n'est suffisamment convaincante pour écarter l'obligation de diligence *prima facie* incombant à Maple Leaf.

Jurisprudence

Citée par les juges Brown et Martin

Arrêt appliqué : *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; **distinction d'avec les arrêts :** *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. c. Tanshaw Products Inc.*, 2005

Style Food Services Inc. v. 1304271 Ontario Ltd. (2005), 200 O.A.C. 172; **considered:** *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; **referred to:** *Cromane Seafoods Ltd. v. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, aff'd [1892] A.C. 25; *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587; *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Blacklaws v. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Hasegawa & Co. v. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261; *Hughes v. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Cardwell v. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135; *Arora v. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Kamloops v. Nielson*, [1984] 2 S.C.R. 2.

ABQB 300, 379 A.R. 1; *Country Style Food Services Inc. c. 1304271 Ontario Ltd.* (2005), 200 O.A.C. 172; **arrêts examinés :** *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; **arrêts mentionnés :** *Cromane Seafoods Ltd. c. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Palsgraf c. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, conf. par [1892] A.C. 25; *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587; *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Blacklaws c. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Hasegawa & Co. c. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261; *Hughes c. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Cardwell c. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135; *Arora c. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Kamloops c. Nielson*, [1984] 2 R.C.S. 2.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; *Cattle v. Stockton Waterworks (1875)*, L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Addison Chevrolet Buick GMC Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2016 ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; 2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc., 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74.

Statutes and Regulations Cited

Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000, S.O. 2000, c. 3, s. 3(1).
Canadian Food Inspection Agency Act, S.C. 1997, c. 6, s. 19.
Safe Food for Canadians Regulations, SOR/2018-108, s. 84.

Authors Cited

Awad, Michelle C., and John D. Rice. "When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law", in Todd Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2004*. Toronto: Thomson Carswell, 2005, 253.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Anns c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; *Cattle c. Stockton Waterworks (1875)*, L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Addison Chevrolet Buick GMC Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2016 ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; 2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc., 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74.

Lois et règlements cités

Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises, L.O. 2000, c. 3, art 3(1).
Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments, L.C. 1997, c. 6, art. 19.
Règlement sur la salubrité des aliments au Canada, DORS/2018-108, art. 84.

Doctrine et autres documents cités

Awad, Michelle C., and John D. Rice. « When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law », in Todd Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2004*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, 253.

- Benson, Peter. “Should *White v Jones* Represent Canadian Law: A Return to First Principles”, in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2007, 141.
- Benson, Peter. “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, in David G. Owen, ed., *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, 427.
- Canada. Canadian Food Inspection Agency. *How we decide to recall a food product*, last updated December 6, 2019 (online: <https://www.inspection.gc.ca/about-cfia/newsroom/food-safety-system/how-we-decide-to-recall-a-food-product/eng/1332206599275/1332207914673>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_1_eng.pdf).
- Canada. Canadian Food Inspection Agency. *Recall procedure: A guide for food businesses*, last updated September 25, 2018 (online: <https://www.inspection.gc.ca/food-safety-for-industry/recall-procedure/eng/1535516097375/1535516168226>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_2_eng.pdf).
- Canada. *Report of the Independent Investigator into the 2008 Listeriosis Outbreak*, July 2009 (online: <https://central.bac-lac.gc.ca/.item?id=A22-508-2009E&op=pdf&app=Library>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_3_eng.pdf).
- Feldthusen, Bruce. “*Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*: Who Needs Contract Anymore?” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 143.
- Klar, Lewis. “Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond?” (2018), 48 *Adv. Q.* 235.
- Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
- Lisus, Jonathan C., and Adam Ship. “Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 113.
- Nolan, D. “Rights, Damage and Loss” (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255.
- Ontario. Department of Financial and Commercial Affairs. *Report of the Minister’s Committee on Franchising*. Toronto, 1971.
- Sotos, John, and Frank Zaid. “Status Report on National Franchise Law Project”, presented to the Uniform Law Conference of Canada Annual Meeting, Yellowknife, August 2002 (online: <https://www.ulcc.ca/en/annual-meetings/306-2002-yellowknife-nt/civil-section-doc>).
- Benson, Peter. « Should *White v Jones* Represent Canadian Law : A Return to First Principles », in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2007, 141.
- Benson, Peter. « The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law », in David G. Owen, ed., *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 427.
- Canada. Agence canadienne d’inspection des aliments. *Comment nous décidons de procéder au rappel d’un produit alimentaire*, dernière mise à jour 6 décembre 2019 (en ligne : <https://www.inspection.gc.ca/a-propos-de-l-acia/salle-de-nouvelles/systeme-de-salubrite-des-aliments/comment-nous-decidons-de-proceder-au-rappel-d-un-p/fra/1332206599275/1332207914673>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_1_fra.pdf).
- Canada. Agence canadienne d’inspection des aliments. *Procédure de rappel : Guide à l’intention des entreprises alimentaires*, dernière mise à jour 25 septembre 2018 (en ligne : <https://www.inspection.gc.ca/salubrite-alimentaire-pour-l-industrie/procedure-de-rappel/fra/1535516097375/1535516168226>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_2_fra.pdf).
- Canada. *Rapport de l’Enquêteuse indépendante sur l’éclosion de listériose de 2008*, juillet 2009 (en ligne : <https://central.bac-lac.gc.ca/.item?id=A22-508-2009F&op=pdf&app=Library>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_3_fra.pdf).
- Feldthusen, Bruce. « *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.* : Who Needs Contract Anymore? » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 143.
- Klar, Lewis. « Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond? » (2018), 48 *Adv. Q.* 235.
- Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
- Lisus, Jonathan C., and Adam Ship. « Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 113.
- Nolan, D. « Rights, Damage and Loss » (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255.
- Ontario. Department of Financial and Commercial Affairs. *Report of the Minister’s Committee on Franchising*, Toronto, 1971.
- Sotos, John, et Frank Zaid. « État d’avancement du projet national sur le droit des franchises », présentation à la

uments/128-status-report-on-national-franchise-law-project-2002; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_4_eng.pdf).

Stapleton, Jane. “Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda” (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Stychin, Carl F. “The Vulnerable Subject of Negligence Law” (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337.

Waddams, Stephen. “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475.

Weinrib, Ernest J. “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

Zaid, Frank. “Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect” (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Rouleau and Fairburn JJ.A.), 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, 425 D.L.R. (4th) 674, 49 C.C.L.T. (4th) 28, [2018] O.J. No. 2417 (QL), 2018 CarswellOnt 12558 (WL Can.), setting aside a decision of Leitch J. Appeal dismissed, Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer JJ. dissenting.

Earl A. Cherniak, Q.C., Peter W. Kryworuk and Jacob R. W. Damstra, for the appellant.

Elizabeth Bowker, Steven Stieber and Nicola Brankley, for the respondents.

The judgment of Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin was delivered by

BROWN AND MARTIN JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal is brought by 1688782 Ontario Inc., a former franchisee of Mr. Submarine Limited (“Mr. Sub”) and the class representative of 424 other Mr. Sub franchisees (“appellant” or “Mr. Sub franchisees”). The appellant says that class members

r union annuelle de la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, Yellowknife, ao t 2002 (en ligne : <https://www.ulcc.ca/fr/reunions-annuelles/307-2002-yellowknife-nt-reunions-annuelles/documents-de-la-section-civil-2002/129-etat-davancement-du-projet-national-sur-le-droit-franchises-2002>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC35_4_fra.pdf).

Stapleton, Jane. « Duty of Care and Economic Loss : a Wider Agenda » (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Stychin, Carl F. « The Vulnerable Subject of Negligence Law » (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337.

Waddams, Stephen. « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475.

Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

Zaid, Frank. « Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect » (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn), 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, 425 D.L.R. (4th) 674, 49 C.C.L.T. (4th) 28, [2018] O.J. No. 2417 (QL), 2018 CarswellOnt 12558 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Leitch. Pourvoi rejeté, le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis et Kasirer sont dissidents.

Earl A. Cherniak, c.r., Peter W. Kryworuk et Jacob R. W. Damstra, pour l’appelante.

Elizabeth Bowker, Steven Stieber et Nicola Brankley, pour les intimées.

Version française du jugement des juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin rendu par

LES JUGES BROWN ET MARTIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi a été interjeté par 1688782 Ontario Inc., qui est une ancienne franchisee de Mr. Submarine Limited (« Mr. Sub ») et la repr sentante d’un groupe composé des 424 autres franchisés de Mr. Sub (« appelante » ou « franchisés

were affected by the decision of the respondents (collectively, “Maple Leaf Foods”) to recall meat products that had been processed in a Maple Leaf Foods factory in which a listeria outbreak had occurred. Specifically, it says that they experienced a shortage of product for six to eight weeks causing economic loss and reputational injury due to their association with contaminated meat products. By this class proceeding, the appellant advances claims in tort law against Maple Leaf Foods, seeking compensation for lost past and future sales, past and future profits, capital value of the franchises and goodwill.

[2] The question for this Court to decide is whether Maple Leaf Foods (with which neither the appellant nor any other franchisee was in contractual privity, but rather linked indirectly through a chain of contracts) owed Mr. Sub franchisees a duty of care, enforceable under the Canadian law of negligence. The appellant says that Maple Leaf Foods, as a manufacturer, owed a duty to Mr. Sub franchisees to supply a product fit for human consumption. More specifically, the appellant says that the circumstances of its claim fall within two categories of proximity that have been recognized in respect of two forms of pure economic loss: negligent misrepresentation or performance of a service, and the negligent supply of shoddy goods or structures. Further, the appellant says that the relationship between Maple Leaf Foods and Mr. Sub franchisees is analogous to an established category of proximity that has been previously recognized in the caselaw. Finally, and while it is unclear whether the appellant actually advances a novel duty argument before us, we note that Maple Leaf Foods takes the appellant as having done so, and that both the motion judge and our colleague Karakatsanis J. would recognize a novel duty in this case. In order to take the appellant’s claim at its strongest, we therefore proceed on the basis that it also advances such an argument.

de Mr. Sub »). L’appelante affirme que les membres du groupe ont été lésés par la décision des intimés (collectivement, « Aliments Maple Leaf ») de rappeler des produits de viande transformés dans une de leurs usines touchées par une éclosion de listeria. Plus précisément, elle affirme que les membres du groupe ont subi une perte financière par suite d’une pénurie de produits qui a duré de six à huit semaines ainsi qu’une atteinte à leur réputation pour avoir été associés à des produits de viande contaminés. Par le présent recours collectif, l’appelante fait valoir des prétentions fondées sur le droit de la responsabilité délictuelle contre Aliments Maple Leaf et demande une indemnisation pour la perte de ventes et de profits passés et futurs, ainsi que pour la perte de la valeur en capital des franchises et de la clientèle.

[2] La question à laquelle notre Cour doit répondre est de savoir si Aliments Maple Leaf (avec qui ni l’appelante, ni aucun autre franchisé n’avaient de lien contractuel, mais à qui ils étaient plutôt liés indirectement au moyen d’une chaîne de contrats) avait à l’égard des franchisés de Mr. Sub une obligation de diligence, susceptible d’exécution en vertu du droit canadien de la négligence. L’appelante affirme qu’Aliments Maple Leaf, en tant que fabricante, avait envers les franchisés de Mr. Sub l’obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine. Plus précisément, l’appelante fait valoir que les circonstances de sa réclamation relèvent de deux catégories de lien de proximité qui ont été reconnues relativement à deux formes de perte purement financière : la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service, et la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité. De plus, l’appelante affirme que le lien entre Aliments Maple Leaf et les franchisés de Mr. Sub est analogue à une catégorie établie de lien de proximité qui a déjà été reconnue par la jurisprudence. Enfin, et bien qu’il ne soit pas clair si l’appelante avance effectivement un argument relatif à une nouvelle obligation devant notre Cour, nous soulignons qu’Aliments Maple Leaf considère que c’est le cas, et que tant la juge des motions que notre collègue la juge Karakatsanis reconnaîtraient une nouvelle obligation dans la présente affaire. Afin d’examiner la thèse la plus solide de l’appelante, nous tenons donc pour acquis qu’elle avance également un tel argument.

[3] Maple Leaf Foods says it owed no duty of care to Mr. Sub franchisees, and brought a motion for summary judgment dismissing these claims.

[4] The appellant successfully resisted summary judgment before the motion judge at the Ontario Superior Court of Justice, but failed before the Court of Appeal for Ontario. In the Court of Appeal's view, the motion judge's decision to allow these claims to proceed could not stand in light of this Court's decision in *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, which had been decided since the motion judge's judgment in the appellant's favour. The Court of Appeal held that this disposed not only of the negligent misrepresentation claim, but also of the claim for negligent supply of dangerous or shoddy goods, since it followed from *Livent* "that the motion judge erred in her duty of care analysis" (2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, at para. 87).

[5] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal. Maple Leaf Foods does not owe a duty of care to Mr. Sub franchisees in respect of these matters.

II. Background

[6] As Clarke J. (as he then was) explained in *Cromane Seafoods Ltd. v. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119, at para. 66, like "chaos theory" in mathematics, "the true underlying difficulty [in the law of negligence] stems from the fact that we live in a highly interactive world where each of our fortunes are constantly affected, sometimes trivially, sometimes significantly, by decisions made or actions taken or avoided [by others]". So it is in this case. As in most modern commercial arrangements of even modest complexity, the parties here operated through a multipartite arrangement comprising a chain of contracts — in this case a contract between Mr. Sub and Mr. Sub franchisees that was typical of franchisor-franchisee relationships, and a contract of supply between Mr. Sub and Maple Leaf

[3] Aliments Maple Leaf soutient qu'elle n'avait aucune obligation de diligence envers les franchisés de Mr. Sub, et a déposé une motion en jugement sommaire rejetant ces prétentions.

[4] L'appelante s'est opposée avec succès à l'octroi d'un jugement sommaire devant la juge des motions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, mais elle a été déboutée devant la Cour d'appel de l'Ontario. De l'avis de cette dernière, la décision de la juge des motions, qui a permis l'instruction des prétentions, ne pouvait être maintenue compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, qui a été rendu après que la juge eut tranché en faveur de l'appelante. La Cour d'appel a conclu que cela permettait de statuer non seulement sur l'allégation de déclaration inexacte faite par négligence, mais aussi sur celle de fourniture négligente de marchandises dangereuses ou de mauvaise qualité, car il se dégageait de l'arrêt *Livent* [TRADUCTION] « que la juge des motions [avait] commis une erreur dans son analyse de l'obligation de diligence » (2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, par. 87).

[5] Pour les motifs qui suivent, nous rejeterions le pourvoi. Aliments Maple Leaf n'a pas d'obligation de diligence envers les franchisés de Mr. Sub à l'égard de ces questions.

II. Contexte

[6] Comme l'a expliqué le juge Clarke (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *Cromane Seafoods Ltd. c. Minister for Agriculture*, [2016] IESC 6, [2017] 1 I.R. 119, au par. 66, tout comme la [TRADUCTION] « théorie du chaos » en mathématiques, « la véritable difficulté sous-jacente [en droit de la négligence] découle du fait que nous vivons dans un monde hautement interactif, où la fortune de chacun est constamment touchée, parfois de manière anodine, parfois de manière significative, par des décisions prises ou des actes accomplis ou évités [par d'autres] ». C'est le cas en l'espèce. Comme pour la plupart des ententes commerciales modernes, même de complexité modeste, les parties en l'espèce exerçaient leurs activités en vertu d'une entente multipartite comprenant une chaîne de contrats, en l'espèce

Foods. As we explain below, in the context of a claim brought in tort law as opposed to the law of contract, these are significant considerations.

[7] More particularly, at the material time, the relationship between Mr. Sub and its franchisees was governed by the Franchisee Renewal Agreement, dated February 1, 2006 (“franchise agreement”) (A.R., vol. II, p. 89).

[8] The relationship between Mr. Sub and Maple Leaf Foods was governed by an exclusive supply agreement — pursuant to which Maple Leaf Foods was made the exclusive supplier of 14 core Mr. Sub menu items: ready-to-eat (“RTE”) meats served in all Mr. Sub restaurants (“partnership agreement”, signed December 12, 2005, A.R., vol. II, at p. 12). In order to give effect to this exclusive supply arrangement, the franchise agreement between Mr. Sub and its franchisees required them to purchase RTE meats produced exclusively by Maple Leaf Foods (franchise agreement, art. 6.2). This was done *not* by way of direct dealings between Mr. Sub franchisees and Maple Leaf Foods; instead, the franchisees placed an order with a distributor, which would in turn place an order with Maple Leaf Foods. No contractual relationship ever existed between the franchisees and Maple Leaf Foods. Rather, each was linked to the other indirectly, through separate contracts with Mr. Sub.

[9] It is worth noting that, while their franchise agreement with Mr. Sub required Mr. Sub franchisees to purchase RTE meats exclusively from Maple Leaf Foods, the latter was under no obligation by the terms of its contract with Mr. Sub to *supply*. Further, the franchise agreement also provided that the franchisees could not sue Mr. Sub for delays in supply of RTE meats. Nor could they look to alternative sources of supply without first seeking Mr. Sub’s permission (franchise agreement, art. 6.2).

un contrat entre Mr. Sub et les franchisés de Mr. Sub qui était caractéristique d’une relation de franchisage et un contrat d’approvisionnement entre Mr. Sub et Aliments Maple Leaf. Comme nous l’expliquons plus loin, dans le contexte d’un recours en droit de la responsabilité délictuelle plutôt qu’en droit des contrats, il s’agit de considérations importantes.

[7] Plus particulièrement, à l’époque pertinente, la relation entre Mr. Sub et ses franchisés était régie par le contrat de renouvellement de franchisage daté du 1^{er} février 2006 (« contrat de franchisage ») (d.a., vol. II, p. 89).

[8] La relation entre Mr. Sub et Aliments Maple Leaf était régie par un contrat d’approvisionnement exclusif — qui faisait d’Aliments Maple Leaf le fournisseur exclusif des 14 éléments principaux du menu de Mr. Sub : les viandes prêtes à manger (« PAM ») servies dans tous les restaurants Mr. Sub (« contrat d’association », signé le 12 décembre 2005, d.a., vol. II, p. 12). Pour donner effet à cette entente d’approvisionnement exclusif, le contrat de franchisage entre Mr. Sub et ses franchisés exigeait de ces derniers qu’ils achètent les viandes PAM produites exclusivement par Aliments Maple Leaf (contrat de franchisage, art. 6.2). Ce *n’est pas* par relations d’affaires directes entre les franchisés de Mr. Sub et Aliments Maple Leaf que cela se faisait; les franchisés passaient plutôt une commande auprès d’un distributeur qui à son tour passait une commande auprès d’Aliments Maple Leaf. Aucun lien contractuel n’a jamais existé entre les franchisés et Aliments Maple Leaf. En fait, chacun était indirectement lié à l’autre par l’entremise de contrats distincts avec Mr. Sub.

[9] Il convient de souligner que, même si le contrat de franchisage avec Mr. Sub exigeait que les franchisés achètent les viandes PAM exclusivement d’Aliments Maple Leaf, cette dernière n’était aucunement tenue par son contrat avec Mr. Sub de les *approvisionner*. De plus, le contrat de franchisage prévoyait aussi que les franchisés ne pouvaient poursuivre Mr. Sub pour tout retard dans l’approvisionnement en viandes PAM. Ils ne pouvaient pas non plus se tourner vers d’autres sources d’approvisionnement sans d’abord obtenir la permission de Mr. Sub (contrat de franchisage, art. 6.2).

[10] On August 16, 2008, Maple Leaf Foods learned that one of its products had been found to contain listeria. It was required to recall that product, along with another. Several days later, it voluntarily recalled additional products, including two of the RTE meat products used by Mr. Sub franchisees. (These products were immediately destroyed, and it is unknown whether they were actually contaminated.) In early September 2008, Maple Leaf Foods released Mr. Sub from the exclusive supply arrangement. By mid-September 2008, an alternate supplier had been selected.

[11] There is no suggestion of wrongfulness in the decision to issue this voluntary recall. That said, it interrupted an important source of supply to the franchisees, leaving them without those products for a period of six to eight weeks. During that period, the franchisees did not take advantage of the clause in the franchise agreement allowing them to seek Mr. Sub's permission to find a different supplier.

A. *Ontario Superior Court of Justice, No. 60680CP (November 18, 2016), Leitch J.*

[12] The motion judge held that Maple Leaf Foods owed Mr. Sub franchisees a duty to supply a product fit for human consumption. In doing so, she accepted the appellant's argument that she should be guided by decisions in which other courts had recognized this duty, citing *Plas-Tex Canada Ltd. v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. v. Tanshaw Products Inc.*, 2005 ABQB 300, 379 A.R. 1, and *Country Style Food Services Inc. v. 1304271 Ontario Ltd.* (2005), 200 O.A.C. 172 (S.C.J. reasons, at para. 40 (A.R., vol. I, at p. 54)). Further, she found that the contaminated RTE meats posed a "real and substantial danger", described by this Court as grounding a duty of care in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85 (para. 53 (A.R., vol. I, at p. 58)). She also concluded that a "special relationship" existed between the appellant and Maple Leaf Foods, grounded on foreseeability of reasonable reliance upon a representation (here,

[10] Le 16 août 2008, Aliments Maple Leaf a appris qu'on avait découvert qu'un de ses produits contenait la listeria. Elle a donc dû rappeler ce produit, ainsi qu'un autre. Plusieurs jours plus tard, elle a retiré volontairement du marché d'autres produits, dont deux des produits de viande PAM utilisés par les franchisés de Mr. Sub. (Ces produits ont immédiatement été détruits, sans que l'on sache s'ils étaient vraiment contaminés.) Au début du mois de septembre 2008, Aliments Maple Leaf a libéré Mr. Sub de l'entente d'approvisionnement exclusif. À la mi-septembre 2008, un autre fournisseur avait été sélectionné.

[11] Rien ne tend à indiquer que l'entreprise ait agi de façon répréhensible en décidant de procéder à ce rappel volontaire. Cela dit, elle a interrompu une source d'approvisionnement importante pour les franchisés, qui ont été privés de ces produits pendant six à huit semaines. Durant cette période, les franchisés ne se sont pas prévalus de la clause du contrat de franchisage qui leur permettait de demander à Mr. Sub la permission de s'approvisionner auprès d'un fournisseur différent.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, No. 60680CP (18 novembre 2016), la juge Leitch*

[12] La juge des motions a conclu qu'Aliments Maple Leaf était tenue envers les franchisés de Mr. Sub à une obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine. Elle a ainsi retenu l'argument de l'appelante qui soutenait qu'elle devait s'inspirer des décisions dans lesquelles d'autres tribunaux avaient reconnu cette obligation, citant *Plas-Tex Canada Ltd. c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, 2004 ABCA 309, 357 A.R. 139; *376599 Alberta Inc. c. Tanshaw Products Inc.*, 2005 ABQB 300, 379 A.R. 1, et *Country Style Food Services Inc. c. 1304271 Ontario Ltd.* (2005), 200 O.A.C. 172 (motifs de la C.S.J., par. 40 (d.a., vol. I, p. 54)). De plus, elle a statué que les viandes PAM contaminées présentaient un [TRADUCTION] « danger réel et important », ce critère ayant été décrit par notre Cour comme fondant l'existence d'une obligation de diligence dans l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85 (par. 53 (d.a., vol. I, p. 58)). Elle a également conclu à l'existence

that the RTE meats were fit for human consumption), so as to ground a viable cause of action in negligent misrepresentation (para. 49 (A.R., vol. I, at p. 56)).

[13] In an abundance of caution, however, in adjudicating the accompanying certification motion (2016 ONSC 4233), the motion judge conducted her own duty of care analysis as if this were a novel claim. She recognized that this required her to apply the traditional foreseeability-based test from *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), as refined by this Court in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, so as to give greater prominence to the proximity, or “closeness and directness” of the relationship between the parties — a point which this Court has since confirmed in *Livent*, at paras. 25-31. Doing so led her to conclude the *Anns/Cooper* test was satisfied here. Mr. Sub franchisees’ losses were foreseeable (S.C.J. certification reasons, at para. 61), and it was not plain and obvious that their relationship to Maple Leaf Foods was insufficiently proximate: “[the appellant and other Mr. Sub franchisees are] within a known and readily identifiable category of persons. [Maple Leaf Foods] supplied to [the appellant], an entity it had a close and direct relationship with as an exclusive supplier, a defective product dangerous to public health, knowing that the product would be offered for sale to consumers who could be injured from consuming the product thereby causing economic losses to [the franchisees]” (S.C.J. certification reasons, at para. 70). No policy considerations negated or militated against liability.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, Sharpe, Rouleau and Fairburn JJA.*

[14] The Court of Appeal allowed Maple Leaf Foods’ appeal, and granted it summary judgment.

d’une « relation spéciale » entre l’appelante et Aliment Maple Leaf, compte tenu de la prévisibilité qu’une confiance raisonnable soit accordée à une déclaration (en l’espèce, que les viandes PAM étaient propres à la consommation humaine), de manière à fonder une cause d’action viable pour déclaration inexacte faite par négligence (par. 49 (d.a., vol. I, p. 56)).

[13] C’est toutefois avec la plus grande prudence que, pour statuer sur la motion connexe en vue de la certification (2016 ONSC 4233), la juge saisie des motions s’est livrée à sa propre analyse de l’obligation de diligence comme si elle était saisie d’une nouvelle demande. Elle a reconnu que pour ce faire, elle devait appliquer le critère traditionnel de la prévisibilité établi dans l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), critère précisé par notre Cour dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, afin de donner une importance plus grande au lien de proximité, ou au caractère « étroit et direct » de la relation entre les parties, point qui a depuis été confirmé par la Cour dans l’arrêt *Livent*, par. 25-31. Cela l’a amenée à conclure que le critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* a été respecté dans la présente affaire. Les pertes subies par les franchisés de Mr. Sub étaient prévisibles (motifs de la C.S.J. sur la certification, par. 61), et il n’était pas manifeste et évident que leur lien de proximité avec Aliments Maple Leaf était insuffisant : [TRADUCTION] « [l’appelante et les autres franchisés de Mr. Sub font] partie d’une catégorie de personnes connues et facilement identifiables. [Aliments Maple Leaf] a fourni à [l’appelante], une entité avec qui elle avait un lien étroit et direct en tant que fournisseur exclusif, un produit défectueux représentant un danger pour la santé publique, sachant que ce produit serait offert en vente aux consommateurs et que sa consommation pourrait nuire à leur santé, ce qui ferait ainsi subir des pertes financières [aux franchisés] » (motifs de la C.S.J. sur la certification, par. 70). Aucune considération de politique n’écartait ni ne militait contre la responsabilité.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn*

[14] La Cour d’appel a accueilli l’appel d’Aliments Maple Leaf et lui a accordé un jugement sommaire.

The case authorities relied upon by the motion judge — *Plas-Tex*, *Tanshaw* and *Country Style* — were not truly analogous to the Mr. Sub franchisees’ claims (paras. 49 and 59), and the motion judge erred in finding that the facts in this case fell within a well-established category of duty to supply a product fit for human consumption. It was therefore necessary to review her conclusion under the *Anns/Cooper* framework regarding a novel duty of care (para. 59).

[15] The Court of Appeal noted that the alleged damages are substantially the result of the recall and the consequent publicity, including publicity of the illness and death of people who had eaten tainted meat (albeit not at a Mr. Sub restaurant) (para. 65). To recognize a duty here “would constitute an unwarranted expansion of a duty owed to one class of plaintiffs”, the consumers, and “bootstrap” it so as to “extend it to the fundamentally different claim advanced by the franchisees” (para. 66). The motion judge’s conclusion regarding negligent misrepresentation is similarly unfounded. In concluding that the franchisees reasonably relied on Maple Leaf Foods’ representation that its meats were safe for human consumption, the motion judge failed to consider the *scope* of the proximate relationship between the parties (para. 80). The purpose of Maple Leaf Foods’ undertaking of responsibility was not to protect the business or reputational interests of the franchisees, but “to ensure that Mr. Sub customers who ate RTE meats would not become ill or die as [a] result of eating the meats” (*ibid.*). Accordingly, the loss suffered by the franchisees was not reasonably foreseeable (para. 84).

[16] Owing to what it saw as the motion judge’s erroneous duty of care analysis, the Court of Appeal did not consider whether the losses were recoverable as a consequence of the negligent supply of a dangerous or shoddy product (para. 87).

Les décisions sur lesquelles la juge des motions s’est appuyée — *Plas-Tex*, *Tanshaw* et *Country Style* — ne portaient pas vraiment sur une situation analogue à celle visée par les prétentions des franchisés de Mr. Sub (par. 49 et 59), et la juge des motions a commis une erreur en concluant que les faits de la présente affaire entraient dans la catégorie bien établie de l’obligation de fournir un produit propre à la consommation humaine. Sa conclusion devait donc être examinée en fonction du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* en matière de nouvelle obligation de diligence (par. 59).

[15] La Cour d’appel a souligné que les dommages allégués découlaient essentiellement du rappel et de la publicité qui s’en était suivie, notamment celle qui avait entouré la maladie et le décès de gens ayant consommé de la viande contaminée (quoique pas dans un restaurant de Mr. Sub) (par. 65). Reconnaître une obligation en l’espèce [TRADUCTION] « reviendrait à élargir de façon injustifiée une obligation existant en faveur d’une catégorie de demandeurs », les consommateurs, et à « greffer » celle-ci à « la réclamation fondamentalement différente des franchisés » (par. 66). La conclusion de la juge des motions concernant l’allégation de déclaration inexacte faite par négligence est tout aussi non fondée. En concluant que les franchisés s’étaient raisonnablement fiés à la déclaration d’Aliments Maple Leaf que ses viandes étaient sans danger pour la consommation humaine, la juge n’a pas pris en considération le *cadre* (ou autrement dit, l’étendue) du lien de proximité entre les parties (par. 80). La responsabilité assumée par Aliments Maple Leaf visait non pas à protéger les activités commerciales des franchisés ou leurs intérêts en matière de réputation, mais à « s’assurer que les clients de Mr. Sub qui ont consommé des viandes PAM ne tombent pas malades ou ne meurent pas après en avoir mangé » (*ibid.*) Par conséquent, la perte subie par les franchisés n’était pas raisonnablement prévisible (par. 84).

[16] Considérant comme erronée l’analyse de l’obligation de diligence faite par la juge des motions, la Cour d’appel ne s’est pas demandé si les pertes pouvaient donner lieu à indemnisation pour cause de fourniture négligente d’un produit dangereux ou de mauvaise qualité (par. 87).

III. Analysis

A. *Pure Economic Loss in Negligence Law*

[17] As the lower courts recognized, the claims of the appellant and other Mr. Sub franchisees are for pure economic loss, in the form of lost profits, sales, capital value and goodwill. Pure economic loss is economic loss that is unconnected to a physical or mental injury to the plaintiff's person, or to physical damage to property (*Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 34; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 13; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 23). It is distinct, therefore, from *consequential* economic loss, being economic loss that results from damage to the plaintiff's rights, such as wage losses or costs of care incurred by someone physically or mentally injured, or the value of lost production caused by damage to machinery, or lost sales caused by damage to delivery vehicles.

[18] To recover for negligently caused loss, irrespective of the type of loss alleged, a plaintiff must prove all the elements of the tort of negligence: (1) that the defendant owed the plaintiff a duty of care; (2) that the defendant's conduct breached the standard of care; (3) that the plaintiff sustained damage; and (4) that the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach. To satisfy the element of damage, the loss sought to be recovered must be the result of an interference with a legally cognizable right. As Cardozo C.J. explained in *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), "[n]egligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right" (p. 99; see also *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 45; *Livent*, at para. 30; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at p. 24). It is well established that the law imposes liability for negligent interference with and injury to the rights in bodily integrity, mental health and property (*Saadati*, at para. 23, citing A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), at pp. 87

III. Analyse

A. *Perte purement financière en droit de la négligence*

[17] Comme les tribunaux de juridiction inférieure l'ont reconnu, les prétentions de l'appelante et des autres franchisés de Mr. Sub concernent une perte purement financière, constituée de pertes de profits, de ventes, de valeur en capital et de clientèle. La perte purement financière est une perte financière sans lien avec le préjudice corporel ou psychologique subi par le demandeur, ou le dommage matériel causé à un bien (*Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 34; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 13; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 23). Elle est donc distincte de la perte financière *indirecte*, qui est la perte financière qui résulte d'un préjudice porté aux droits du demandeur, comme la perte de salaire ou le coût des soins engagé par la personne qui a subi un préjudice corporel ou psychologique, ou la valeur de la perte de production résultant de dommages à la machinerie ou encore la perte de ventes résultant de dommages aux véhicules de livraison.

[18] Pour être indemnisé d'une perte causée par la négligence, quel que soit le type de perte alléguée, le demandeur doit faire la preuve de tous les éléments constitutifs du délit de négligence, à savoir que : (1) le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur; (2) le comportement du défendeur a contrevenu à la norme de diligence; (3) le demandeur a subi un préjudice; et (4) le préjudice a été causé, en fait et en droit, par le manquement du défendeur. Pour satisfaire à l'élément de préjudice, la perte à l'égard de laquelle une indemnisation est demandée doit résulter d'une atteinte à un droit susceptible d'être reconnu juridiquement. Comme le juge en chef Cardozo l'a expliqué dans l'arrêt *Palsgraf c. Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), [TRADUCTION] « [l]a négligence n'est susceptible d'action que si elle comporte une atteinte à un intérêt protégé en droit, la violation d'un droit » (p. 99; voir aussi *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 45; *Livent*, par. 30; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 24). Il est bien établi que le droit impose une responsabilité en cas

and 252-53). Recovery for injuries to these rights is grounded in the duty of care recognized in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.).

[19] This explains why the common law has been slow to accord protection to purely economic interests. While this Court has recognized that pure economic loss may be recoverable in certain circumstances, there is no general right, in tort, protecting against the negligent or intentional infliction of pure economic loss. For example, economic loss caused by ordinary marketplace competition is not, without something more, actionable in negligence (*A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31, citing *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), at p. 614, aff'd [1892] A.C. 25 (H.L.)). Such loss falls outside the scope of a plaintiff's legal rights — the loss is *damnum absque injuria* and unrecoverable (E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212, at p. 226; D. Nolan, “Rights, Damage and Loss” (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255, at pp. 262-68). Indeed, the essential goal of competition is to attract more business, which may mean taking business away from others. Absent a contractual or statutory entitlement, there is no right to a customer or to the quality of a bargain, let alone to a market share. As Taylor J.A. wrote for the British Columbia Court of Appeal in *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284, at p. 297:

It seems possible that pure economic loss *simpliciter* accounts for the overwhelming majority of all loss suffered by one person as a foreseeable and proximate result of the acts or omissions of another . . . This must necessarily be so in a free market for goods and services, employment and investment, and the continuing struggle for property, promotion and profit.

d'atteinte et de préjudice portés par négligence aux droits sur l'intégrité corporelle, la santé mentale et la propriété (*Saadati*, par. 23, citant A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), p. 87 et 252-253). L'indemnisation pour un préjudice porté à ces droits repose sur l'obligation de diligence reconnue dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.).

[19] Cela explique pourquoi la common law a mis du temps à accorder une protection aux intérêts purement financiers. Bien que notre Cour ait reconnu que la perte purement financière peut être indemnisable dans certaines circonstances, il n'existe aucun droit général, en responsabilité délictuelle, à une protection contre la perte purement financière causée par négligence ou de façon intentionnelle. Par exemple, la perte financière causée par la concurrence qui s'exerce normalement dans le marché n'est pas, à elle seule, susceptible d'action en négligence (*A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 31, citant *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), p. 614, conf. par [1892] A.C. 25 (H.L.)). Une telle perte n'entre pas dans le cadre des droits juridiques du demandeur — la perte est donc *damnum absque injuria* et non indemnisable (E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212, p. 226; D. Nolan, « Rights, Damage and Loss » (2017), 37 *Oxf. J. Leg. Stud.* 255, p. 262-268). D'ailleurs, l'objectif essentiel de la concurrence est d'accroître ses activités commerciales, ce qui peut vouloir dire de s'approprier celles d'autres. En l'absence de droit établi par contrat ou par la loi, il n'existe aucun droit à un client ou à la qualité d'une affaire, et encore moins à une part de marché. Comme l'écrivait le juge Taylor de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Kripps c. Touche Ross & Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 284, p. 297 :

[TRADUCTION] Il semble possible qu'une perte purement financière *simpliciter* représente la très grande majorité des pertes subies par une personne en ce qu'elle résulte de façon prévisible et immédiate des actes ou omissions d'une autre personne [. . .] Il faut nécessairement qu'il en soit ainsi dans le contexte d'un libre marché des biens et des services, de l'emploi et de l'investissement, et de la lutte permanente pour la propriété, la promotion et le profit.

[20] Citing the work of Professor Feldthusen (B. Feldthusen, “Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow” (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58; B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (2nd ed. 1989), at para. 200 (currently in its sixth edition)), this Court has applied a classificatory scheme that identifies four categories of pure economic loss that can arise between private parties (*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1049; *Winnipeg Condominium*, at para. 12).¹ In *Livent*, the Court effectively reduced the categories to *three*, by its treatment of two of the previously stated categories — negligent misrepresentation, and negligent performance of a service — as a single kind of pure economic loss. This made sense, because the considerations that inform the proximity analysis are identical for both. In particular, the same two factors — the defendant’s undertaking, and the plaintiff’s reliance — are in such cases determinative of the proximity analysis (para. 30), upon which we will elaborate below.

[21] The current categories of pure economic loss incurred between private parties are, therefore:

- (1) negligent misrepresentation or performance of a service;
- (2) negligent supply of shoddy goods or structures; and
- (3) relational economic loss.

The distinguishing feature among each of these categories is that they describe how the loss occurred. Focussing exclusively upon how the loss occurs can, however, put strain on the analysis by obfuscating both fundamental differences and similarities among cases of pure economic loss (J. Stapleton, “Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda” (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249, at pp. 262 and 284). Further,

¹ A fifth category, “the independent liability of statutory public authorities”, as the name makes clear, arises not between private parties but between a statutory public authority and private parties.

[20] Citant les travaux du professeur Feldthusen (B. Feldthusen, « Economic Loss in the Supreme Court of Canada : Yesterday and Tomorrow » (1991), 17 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 357-358; B. Feldthusen, *Economic Negligence : The Recovery of Pure Economic Loss* (2^e éd. 1989), par. 200 (actuellement en sa sixième édition)), notre Cour a appliqué un régime de classification établissant quatre catégories de perte purement financière susceptible d’être subie entre des parties privées (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1049; *Winnipeg Condominium*, par. 12)¹. Dans l’arrêt *Livent*, la Cour a de fait ramené à *trois* ces catégories, en traitant deux d’entre elles — la déclaration inexacte faite par négligence et la prestation négligente d’un service — comme un seul type de perte purement financière. Cela était logique parce que les considérations qui éclairent l’analyse du lien de proximité sont les mêmes pour ces deux catégories. En particulier, les deux mêmes facteurs — l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier — sont dans de tels cas déterminants pour l’analyse du lien de proximité (par. 30), sur laquelle nous nous attarderons plus loin.

[21] Voici donc les catégories actuelles de perte purement financière subie entre parties privées :

- (1) la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service;
- (2) la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
- (3) la perte financière relationnelle.

Ce qui distingue ces catégories est que chacune d’elles décrit comment la perte a eu lieu. Le fait de se concentrer exclusivement sur la façon dont la perte se produit peut toutefois nuire à l’analyse en ce que les différences et les similitudes fondamentales des affaires de perte purement financière pourraient s’en trouver obscurcies (J. Stapleton, « Duty of Care and Economic Loss : A Wider Agenda » (1991),

¹ Une cinquième catégorie, « la responsabilité indépendante des autorités publiques légales », vise le cas où, comme son nom l’indique clairement, la perte est subie non pas entre parties privées, mais entre une autorité publique légale et des parties privées.

it obscures the starting point in a principled analysis of an action in negligence, which is to identify what rights are at stake and whether a reciprocal duty of care exists (*Livent*, at para. 30). It is proximity, and not a template of how a loss factually occurred, that remains a “controlling concept” and a “foundation of the modern law of negligence” (*Norsk*, at p. 1152; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at para. 25).

[22] Properly understood, then, these categories are simply “analytical tools” that “provide greater structure to a diverse range of factual situations . . . that raise similar . . . concerns” (*Martel*, at para. 45; *Design Services*, at para. 31). Organizing cases in this way was and is therefore done for ease of analysis in ensuring that courts treat like cases alike. The fact that a claim arises from a particular kind of pure economic loss does not necessarily signify that such loss is recoverable.² Where the loss *is* recoverable, however, this Court has clarified that the decided cases within these categories should be regarded as reflecting particular kinds of proximate relationships (*Cooper*, at para. 36; *Livent*, at paras. 26-27). But to be clear, the invocation of a category, *by itself*, offers no substitute for the necessary examination that must take place “of the particular relationship at issue in each case” between the plaintiff and the defendant (*Livent*, at para. 28; see also *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), at p. 1038). In other words, what matters is whether the requirements for imposing a duty of care are satisfied — and, in particular, whether the parties were at the time of the loss in a sufficiently proximate relationship. Where they are, it may be because the relationship falls within a previously established

² Indeed, this Court has said that relational economic loss is recoverable only in “exceptional” circumstances (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 44). And, as we make clear below, merely “shoddy” construction does not support recovery under tort law. Rather, the limited nature of the duty of care in such circumstances operates to confine recovery to the cost of removing *only* such defects that pose a *real and substantial danger* to persons or property.

107 *Law Q. Rev.* 249, p. 262 et 284). De plus, cela embrouille le point de départ d’une analyse raisonnée d’une action en négligence, lequel consiste à déterminer quels droits sont en jeu et s’il existe une obligation réciproque de diligence (*Livent*, par. 30). C’est le lien de proximité, et non un modèle de la manière dont une perte s’est produite dans les faits, qui demeure une « notion déterminante » et un « fondement du droit moderne de la négligence » (*Norsk*, p. 1152; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 25).

[22] Interprétées correctement, ces catégories constituent donc simplement des « outils d’analyse » qui « prévoi[ent] un cadre plus large adapté à une gamme variée de situations factuelles [. . .] qui soulèvent des questions [. . .] semblables » (*Martel*, par. 45; *Design Services*, par. 31). Organiser ainsi les affaires était et est donc destiné à faciliter l’analyse en faisant en sorte que les tribunaux traitent les affaires semblables de façon semblable. Le fait qu’une réclamation découle d’un type particulier de perte purement financière ne signifie pas nécessairement que cette perte est indemnisable². Cependant, lorsque la perte *est* indemnisable, la Cour a précisé que les affaires déjà jugées qui relèvent de ces catégories devraient être considérées comme reflétant des types particuliers de liens de proximité (*Cooper*, par. 36; *Livent*, par. 26-27). Toutefois, pour être clair, le fait d’invoquer une catégorie ne saurait *en soi* remplacer l’examen nécessaire, « dans chaque cas, [. . .] du lien particulier en cause » entre le demandeur et le défendeur (*Livent*, par. 28; voir aussi *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), p. 1038). Autrement dit, ce qui importe est de savoir si les conditions pour imposer une obligation de diligence sont remplies — et, en particulier, s’il existait, au moment de la perte, un lien de proximité suffisant

² En fait, notre Cour a dit que la perte financière relationnelle n’est indemnisable que dans des circonstances « exceptionnelles » (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 44). De plus, comme nous l’expliquerons clairement plus loin, la simple construction « de mauvaise qualité » ne justifie pas une indemnisation en droit de la responsabilité délictuelle. La nature limitée de l’obligation de diligence en pareilles circonstances fait plutôt en sorte que l’indemnité se limite au coût que représente l’enlèvement des seuls vices qui présentent un *danger réel et important* pour les personnes ou les biens.

category of relationship in which the requisite qualities of closeness and directness were found, or is analogous thereto (*Livent*, at para. 26; see also *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 5). Or, a plaintiff may seek to establish a “novel” duty of care after undertaking a full *Anns/Cooper* analysis.

[23] With respect, the appellant’s submissions reflect a misunderstanding of the significance of the categories of pure economic loss. The appellant argues that a duty of care in this case “is established through the application of two well-established categories of recovery for pure economic loss [of] negligent misrepresentation or negligent performance of a service, and negligent supply of dangerous goods” (A.F., at para. 50). Again, a duty of care cannot be established by showing that a claim fits within a category of *pure economic loss*. It is necessary to determine whether the appellant’s alleged loss represents an injury to a right that can be the subject of recovery in tort law and possesses the requisite factors to support a finding of *proximity* under that category. We repeat: the manner in which pure economic loss is said to have occurred or how that loss has been catalogued within the categories of pure economic loss does not signify that the defendant whose negligence caused that loss owes the plaintiff a duty of care. The relevant “category” for the purpose of supporting a duty of care is that of *proximity of relationship*. Meaning, what is necessary to support a duty of care is that the relationship between a plaintiff and a defendant bear the requisite closeness and directness, such that it falls within a previously established category of *proximity* or is analogous to one (*Livent*, at para. 26; see also *Childs*, at para. 15; *Mustapha*, at para. 5).

entre les parties. Si tel est le cas, c’est peut-être parce que la relation en cause relève d’une catégorie de lien déjà établie, dont le caractère étroit et direct requis a été constaté, ou présente une analogie avec celle-ci (*Livent*, par. 26; voir aussi *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 5). Sinon, un demandeur peut essayer d’établir une « nouvelle » obligation de diligence après avoir procédé à l’analyse exhaustive exposée dans les arrêts *Anns* et *Cooper*.

[23] Soit dit en tout respect, les observations de l’appelante reflètent une conception erronée de l’importance des catégories de perte purement financière. L’appelante soutient que l’existence d’une obligation de diligence en l’espèce [TRADUCTION] « est établie par l’application de deux catégories bien établies d’indemnisation pour perte purement financière [que sont] la déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service, et la fourniture négligente de marchandises dangereuses » (m.a, par. 50). Encore une fois, il n’est pas possible d’établir l’existence d’une obligation de diligence en démontrant qu’une réclamation relève d’une catégorie de *perte purement financière*. Il est nécessaire de déterminer si la perte alléguée par l’appelante représente un préjudice porté à un droit pouvant faire l’objet d’une indemnisation en droit de la responsabilité délictuelle et possède les éléments requis pour justifier une conclusion de *lien de proximité* au titre de cette catégorie. Nous le répétons : la manière dont la perte purement financière se serait produite ou dont cette perte a été classée dans les catégories de perte purement financière ne signifie pas que le défendeur dont la négligence a causé cette perte a une obligation de diligence envers le demandeur. La « catégorie » pertinente lorsqu’il s’agit d’étayer une obligation de diligence est celle de la *proximité du lien*. En d’autres termes, pour étayer une obligation de diligence, il faut que le lien entre le demandeur et le défendeur présente le caractère étroit et direct requis, de sorte qu’il relève d’une catégorie déjà établie de *lien de proximité* ou présente une analogie avec celle-ci (*Livent*, par. 26; voir également *Childs*, par. 15; *Mustapha*, par. 5).

B. Standard of Review

[24] Maple Leaf Foods argues that the standard of review to be applied to a motion judge’s decision on duty of care is that of correctness. As the question of whether Maple Leaf Foods owed the appellant a duty of care is a question of law, we agree (*Galaske v. O’Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at p. 690; *Rankin (Rankin’s Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587, at para. 19; L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at pp. 210-11 and fn. 60; A. M. Linden et al., *Canadian Tort Law* (11th ed. 2018), at §6.2). Duty in tort law is “a general notion describing a class or type of case, not a particular fact situation” (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at §9.57). That this is so becomes readily apparent when one considers that the existence of a duty of care is a preliminary question, typically answered when “the facts are not yet known to a sufficiently specific degree because breach of the standard of care and causation have not been addressed” (Linden et al., at §7.3). It follows that *each* component of the *Anns/Cooper* analysis supporting a *prima facie* duty — proximity of relationship and reasonable foreseeability of injury (*Livent*, at paras. 20 and 23) — raises questions of law (Klar and Jefferies, at pp. 210-11 and fn. 60).

[25] The implications of this standard of review for the duty analysis, and particularly for its constituent inquiry into reasonable foreseeability of injury, was considered by this Court in *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131:

The question of whether a duty of care exists is a question of the relationship between the parties, not a question of conduct. . . . The point is made by Fleming, in his book *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at pp. 105-6:

B. Norme de contrôle

[24] Aliments Maple Leaf soutient que la norme de contrôle applicable à la décision d’un juge des motions sur l’obligation de diligence est celle de la décision correcte. Comme la question de savoir si Aliments Maple Leaf avait une obligation de diligence envers l’appelante est une question de droit, nous sommes d’accord (*Galaske c. O’Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, p. 690; *Rankin (Rankin’s Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587, par. 19; L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6^e éd. 2017), p. 210-211 et note 60; A. M. Linden et autres, *Canadian Tort Law* (11^e éd. 2018), §6.2). En droit de la responsabilité délictuelle, l’obligation de diligence est [TRADUCTION] « une notion générale qui renvoie à une catégorie ou à un type de causes, et non à une situation de fait particulière » (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), §9.57). Cela devient clairement évident lorsque l’on considère que l’existence d’une obligation de diligence est une question préliminaire, à laquelle on peut généralement répondre lorsque [TRADUCTION] « les faits ne sont pas encore connus à un degré suffisamment précis parce que le manquement à la norme de diligence et le lien de causalité n’ont pas été examinés » (Linden et autres, §7.3). Il s’ensuit que *chaque* élément de l’analyse issue des arrêts *Anns* et *Cooper* qui étaye l’existence d’une obligation *prima facie* — proximité du lien et prévisibilité raisonnable du préjudice (*Livent*, par. 20 et 23) — soulève des questions de droit (Klar et Jefferies, p. 210-211 et note 60).

[25] Dans l’arrêt *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131, la Cour s’est penchée sur les incidences de cette norme de contrôle sur l’analyse de l’obligation de diligence, et plus particulièrement sur son examen fondamental de la prévisibilité raisonnable du préjudice :

La question de savoir s’il existe une obligation de diligence relève de la relation entre les parties, et non d’un comportement. [. . .] C’est ce que Fleming indique dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), aux pp. 105 et 106 :

. . . In the first place, the duty issue is already sufficiently complex without fragmenting it further to cover an endless series of details of conduct. “Duty” is more appropriately reserved for the problem of whether the relation between the parties (like manufacturer and consumer or occupier and trespasser) warrants the imposition upon one of an obligation of care for the benefit of the other, and it is more convenient to deal with individual conduct in terms of the legal standard of what is required to meet that obligation. . . . It is for the court to determine the existence of a duty relationship and to lay down in general terms the standard of care by which to measure the defendant’s conduct. . . . [Emphasis added; para. 32.]

[26] The proper inquiry is therefore *not* into whether *the loss* suffered by *a particular plaintiff* could have been foreseen, but whether *the type of injury* to *a class of persons, within which the plaintiff falls*, could have been foreseen (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at paras. 32-33; *Livent*, at para. 78; *Linden et al.*, at §7.4; *Galaske*, at p. 691). And again, *this* question is a question of law.

C. *The Appellant’s Claims*

[27] As we have already recounted, the appellant says that it and other Mr. Sub franchisees are owed a duty of care by the manufacturer Maple Leaf to provide RTE meats fit for consumption, such that they may recover lost profits, sales, capital value and goodwill when their supply is disrupted by the recall of the meat products.

[28] Respectfully, we have found it somewhat difficult to pinpoint with precision the legal bases on which the appellant grounds this duty. In the circumstances, and to treat as fairly as possible the appellant’s claim, we first of all assume that its arguments are concerned with categories of *proximate relationships* and not categories of *pure economic loss*. The appellant appears to propose, as we have also recounted, three different pathways to impressing

[TRADUCTION] . . . Premièrement, la question de l’obligation est déjà suffisamment complexe sans qu’on la fractionne encore plus pour viser une série sans fin de détails relatifs au comportement. L’« obligation » est plus justement réservée à la question de savoir si la relation entre les parties (comme le fabricant et le consommateur ou l’occupant et l’intrus) justifie l’imposition à l’une de l’obligation de diligence au profit de l’autre. En outre, il convient davantage de considérer le comportement individuel en fonction de la norme juridique de ce qui est requis pour satisfaire à cette obligation. [. . .] Il appartient à la cour de déterminer l’existence d’une relation découlant d’une obligation et de définir en termes généraux la norme de diligence qui servira à apprécier le comportement du défendeur. . . . [Nous soulignons; par. 32.]

[26] Il convient de se demander *non pas* si la *perte* subie par *un demandeur donné* aurait pu être prévue, mais bien si *le type de préjudice* causé à une *catégorie de personnes, dont fait partie le demandeur*, aurait pu être prévu (*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 32-33; *Livent*, par. 78; *Linden et autres*, §7.4; *Galaske*, p. 691). Encore une fois, *cette* question est une question de droit.

C. *Les prétentions de l’appelante*

[27] Comme nous l’avons déjà souligné, l’appelante soutient que la fabricante Aliments Maple Leaf a une obligation de diligence envers elle et les autres franchisés de Mr. Sub consistant à fournir des viandes PAM propres à la consommation, et que pour cette raison, ils peuvent être indemnisés des pertes de profits, de ventes, de valeur en capital et de clientèle qu’ils subissent lorsque leur approvisionnement est interrompu par le rappel des produits de viande.

[28] En toute déférence, nous avons trouvé quelque peu difficile de cerner avec précision les fondements juridiques sur lesquels l’appelante fonde cette obligation. Dans les circonstances, et afin de traiter le plus équitablement possible le recours de l’appelante, nous supposons tout d’abord que ses arguments portent sur des catégories de *liens de proximité* et non pas sur des catégories de *perte purement financière*. L’appelante semble proposer,

Maple Leaf Foods with a duty of care: first, under the principles of *Livent* governing negligent misrepresentation and negligent performance of a service; secondly, under the parameters of the duty of care recognized in *Winnipeg Condominium* — and subsequent cases — involving the negligent supply of shoddy goods or structures; and thirdly, based on the recognition of a novel duty of care.

(1) Negligent Misrepresentation or Performance of a Service

[29] In *Livent*, this Court restated the analytical framework governing cases of negligent misrepresentation or performance of a service. In doing so, it brought the analytical approach in such cases into accord with the refined *Anns/Cooper* framework laid out in *Cooper*. Previously, the duty analysis had been stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, which grounded a *prima facie* duty of care on mere foreseeability of injury. *Cooper*, however, “signalled a shift from th[at] test” (*Livent*, at para. 22; see also para. 23).

[30] Under the *Anns/Cooper* framework, a *prima facie* duty of care is established by the conjunction of proximity of relationship and foreseeability of injury. As this Court affirmed, “foreseeability alone” is insufficient to ground the existence of a duty of care. Rather, a duty arises only where a relationship of “proximity” obtains (*Cooper*, at paras. 22 and 30-32; see also *Livent*, at para. 23). Whether a proximate relationship exists between two parties at large, or inheres only for particular purposes or in relation to particular actions, will depend on the nature of the relationships at issue (*Livent*, at para. 27). It may also depend on the nature of the particular kind of pure economic loss alleged.

comme nous l’avons également mentionné, trois voies différentes pour imputer à Aliments Maple Leaf une obligation de diligence : premièrement, en vertu des principes établis dans l’arrêt *Livent* en matière de déclaration inexacte faite par négligence et de prestation négligente d’un service; deuxièmement, en vertu des paramètres relatifs à l’obligation de diligence reconnus dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* — et les jugements subséquents — en cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité; et troisièmement, en fonction de la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence.

(1) Déclaration inexacte faite par négligence ou prestation négligente d’un service

[29] Dans l’arrêt *Livent*, la Cour a reformulé le cadre d’analyse régissant les affaires de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service. Ce faisant, elle a arrimé la méthode d’analyse appliquée dans de tels cas avec le cadre d’analyse précisé des arrêts *Anns* et *Cooper* ayant été exposé dans *Cooper*. L’analyse de l’obligation de diligence avait auparavant été énoncée dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, lequel fondait une obligation de diligence *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice. L’arrêt *Cooper* s’est toutefois « éloign[é] [de ce] critère » (*Livent*, par. 22; voir aussi par. 23).

[30] Suivant le cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, une obligation de diligence *prima facie* est établie par la combinaison de deux éléments : la proximité du lien et la prévisibilité du préjudice. Comme l’a affirmé notre Cour, la « prévisibilité ne suffit pas à elle seule » pour fonder l’existence d’une obligation de diligence. Il n’y a obligation que s’il existe un lien de « proximité » (*Cooper*, par. 22 et 30-32; voir aussi *Livent*, par. 23). La réponse à la question de savoir si un lien de proximité existe entre deux parties en général ou seulement à des fins particulières, ou relativement à des actes en particulier, dépendra de la nature des relations en cause (*Livent*, par. 27). Elle peut aussi dépendre de la nature du type particulier de perte purement financière alléguée.

[31] A party may seek “to base a finding of proximity upon a previously established or analogous category” (*Livent*, at para. 28). But where no established proximate relationship can be identified, courts must undertake a full proximity analysis in order to determine whether the *close and direct* relationship — which this Court has repeatedly affirmed to be the hallmark of the common law duty of care — exists in the circumstances of the case (*ibid.*, at para. 29; *Saadati*, at para. 24; *Cooper*, at para. 32).

[32] In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are *determinative* of whether proximity is established: the defendant’s undertaking, and the plaintiff’s reliance (*Livent*, at para. 30). Specifically, “[w]here the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff’s reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care”, and “the plaintiff has a right to rely on the defendant’s undertaking to do so” (*ibid.*). “These corollary rights and obligations”, the Court added, “create a relationship of proximity” (*ibid.*). In other words, the proximate relationship is formed when the defendant undertakes responsibility which invites reasonable and detrimental reliance by the plaintiff upon the defendant for that purpose (P. Benson, “Should *White v Jones* Represent Canadian Law: A Return to First Principles”, in J. W. Neyers, E. Chamberlain and S. G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 141, at p. 166).

[33] Taking *Cooper* and *Livent* together, then, this Court has emphasized the requirement of proximity within the duty analysis, and has tied that requirement in cases of negligent misrepresentation or performance of a service to the defendant’s undertaking of responsibility and its inducement of reasonable and detrimental reliance in the plaintiff. Framing the analysis in this manner also illuminates the legal interest being protected and, therefore, the right sought to be vindicated by such claims. When a defendant undertakes to represent a state of affairs or to otherwise do something, it assumes the task of doing so reasonably, thereby manifesting an intention to induce the plaintiff’s reliance upon the defendant’s exercise of reasonable care in carrying out the task.

[31] Une partie peut chercher « à fonder l’existence d’un lien de proximité sur une catégorie déjà établie ou analogue » (*Livent*, par. 28). Cependant, si aucun lien de proximité établi ne peut être constaté, le tribunal doit se livrer à une analyse exhaustive du lien de proximité afin de déterminer si le lien *étroit et direct* — dont la Cour a dit à maintes reprises qu’il caractérise l’obligation de diligence en common law — existe dans les circonstances de l’affaire (*ibid.*, par. 29; *Saadati*, par. 24; *Cooper*, par. 32).

[32] En cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente de service, deux facteurs sont *déterminants* quant à savoir si un lien de proximité est établi : l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier (*Livent*, par. 30). Plus précisément, « [l]orsqu’il s’engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d’agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l’engagement pris par le défendeur » (*ibid.*). « Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité », a ajouté la Cour (*ibid.*). En d’autres mots, le lien de proximité se forme lorsque le défendeur assume une responsabilité qui invite le demandeur à lui accorder raisonnablement et à son détriment sa confiance à cette fin (P. Benson, « Should *White v Jones* Represent Canadian Law : A Return to First Principles », dans J. W. Neyers, E. Chamberlain et S. G. A. Pitel, dir., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 141, p. 166).

[33] Ainsi, considérant ensemble les arrêts *Cooper* et *Livent*, la Cour a mis l’accent sur l’exigence du lien de proximité dans le cadre de l’analyse de l’obligation de diligence, et elle a, dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente de service, rattaché cette exigence à la responsabilité assumée par le défendeur et au fait que celle-ci incite le demandeur à accorder raisonnablement et à son détriment sa confiance. Articuler l’analyse de cette façon permet aussi de mettre en lumière l’intérêt juridique qui est protégé et, partant, le droit que l’on cherche à faire valoir dans de telles affaires. Lorsqu’un défendeur s’engage à présenter un état des lieux ou à autrement faire quelque chose, il s’engage à le faire raisonnablement et

And where the inducement has that intended effect — that is, where the plaintiff reasonably relies, it alters its position, possibly foregoing alternative and more beneficial courses of action that were available at the time of the inducement. That is, the plaintiff may show that the defendant’s inducement caused the plaintiff to relinquish its pre-reliance position and suffer economic detriment as a consequence.

[34] In other words, it is *the intended effect* of the defendant’s undertaking upon the plaintiff’s autonomy that brings the defendant into a relationship of proximity, and therefore of duty, with the plaintiff. Where that effect works to the plaintiff’s detriment, it is a wrong to the plaintiff. Having deliberately solicited the plaintiff’s reliance as a reasonable response, the defendant cannot in justice disclaim responsibility for any economic loss that the plaintiff can show was caused by such reliance. The plaintiff’s pre-reliance circumstance has become “an entitlement that runs against the defendant” (Weinrib, at p. 230).

[35] That entitlement, however, operates only so far as the undertaking goes. As this Court cautioned in *Livent*, “[r]ights, like duties, are . . . not limitless. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the defendant’s undertaking of responsibility — that is, of the purpose for which the representation was made or the service was undertaken — necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant’s duty of care” (para. 31, citing Weinrib, and A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 293-94). This “end and aim” rule precludes imposing liability upon a defendant for loss arising where the plaintiff’s reliance falls outside the purpose of the defendant’s undertaking. *Livent* makes clear, then, that considerations of undertaking and reliance furnish not only a principled basis for drawing the line in cases of negligent misrepresentation or

exprime ainsi son intention d’inciter le demandeur à se fier au fait qu’il s’acquittera de cette tâche avec diligence raisonnable. Et lorsque l’incitation a cet effet recherché — soit lorsque, de manière raisonnable, le demandeur accorde sa confiance, sa situation change en ce qu’il renonce possiblement aux autres moyens d’action, plus avantageux, s’offrant à lui au moment de l’incitation. Ce qui veut dire que le demandeur peut démontrer qu’en l’incitant à lui faire confiance, le défendeur l’a amené à renoncer à la situation dans laquelle il se trouvait avant qu’il ne lui accorde sa confiance et qu’il a de ce fait subi un préjudice financier.

[34] En d’autres mots, c’est *l’effet recherché* de l’engagement pris par le défendeur sur l’autonomie du demandeur qui fait en sorte que le défendeur a un lien de proximité avec le demandeur et qu’il a donc une obligation envers lui. Lorsque cet effet joue au détriment du demandeur, c’est un tort causé à ce dernier. Comme il a délibérément invité le demandeur à lui accorder raisonnablement sa confiance, le défendeur ne saurait en toute justice décliner toute responsabilité pour la perte financière dont le demandeur peut prouver qu’elle a été causée par cette confiance. La situation dans laquelle le demandeur se trouvait avant de faire confiance au défendeur est devenue un [TRADUCTION] « droit qui joue contre le défendeur » (Weinrib, p. 230).

[35] Ce droit ne va toutefois pas plus loin que l’engagement. Comme l’a précisé la Cour dans l’arrêt *Livent*, « tout comme les obligations, les droits ne sont pas illimités. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l’engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur — à savoir, qui est étrangère à l’objet de la déclaration ou du service qu’il s’est engagé à fournir — excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l’obligation de diligence qui incombe au défendeur » (par. 31, citant Weinrib, et A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 293-294). Cette règle de « l’objet » ne permet pas d’imposer au défendeur la responsabilité d’une perte qui se produit lorsque la confiance du demandeur excède l’objet de l’engagement pris par le défendeur. Il ressort donc clairement de l’arrêt *Livent* que les considérations relatives à l’engagement et au fait de

performance of a service between duty and no-duty, but also for delineating the scope of the duty in particular cases, based upon the purpose for which the defendant undertakes responsibility. Reliance that exceeds the purpose of the defendant's undertaking is not reasonable, and therefore not foreseeable (para. 35).

[36] It follows from the foregoing that the allegations advanced on behalf of Mr. Sub franchisees of negligent misrepresentation require us to direct our attention to whether an undertaking of responsibility on the part of Maple Leaf Foods had the effect of inducing foreseeable, reasonable and detrimental reliance on the part of Mr. Sub franchisees.

[37] The appellant says that Maple Leaf Foods undertook to provide RTE meats fit for human consumption (and, relatedly, that these meats were safe). That this is so is supported, it says, by Maple Leaf Foods' reputation for product quality and safety, and by its public motto "We Take Care" (A.F., at para. 60; see also paras. 53 and 59).

[38] But as we have also canvassed (at paras. 32-34), it is not enough to show that a defendant made an undertaking. Again, an undertaking of responsibility, where it induces foreseeable and reasonable reliance, is formative of *a relationship* of proximity between two parties. We must therefore consider whether this undertaking, if made, was made *to Mr. Sub franchisees*, and *for what purpose*. Reliance on the part of the franchisees which falls outside the scope and purpose of that representation is neither foreseeable nor reasonable (*Livent*, at para. 31) and therefore does not connote a proximate relationship. The appellant attempts to address this requirement by pointing *not* to Mr. Sub franchisees' *reliance*, but instead back to *the undertaking*, saying that the franchisees' reliance was "on the basis that customers could trust that [the]

se fier à cet engagement fournissent un fondement rationnel pour l'établissement d'une ligne de démarcation dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service entre les cas où il existe une obligation et ceux où il n'en existe pas, mais aussi pour la délimitation de la portée de l'obligation dans certains cas particuliers, selon l'objet de la responsabilité assumée par le défendeur. La confiance qui excède l'objet de l'engagement du défendeur n'est pas raisonnable et elle n'est donc pas prévisible (par. 35).

[36] Il découle de ce qui précède que les allégations de déclaration inexacte faite par négligence formulées pour le compte des franchisés de Mr. Sub nous obligent à nous demander si la responsabilité assumée par Aliments Maple Leaf a eu pour effet d'inciter les franchisés de Mr. Sub à accorder de façon prévisible, raisonnable et à leur détriment leur confiance.

[37] L'appelante affirme qu'Aliments Maple Leaf s'est engagée à fournir des viandes PAM qui soient propres à la consommation humaine (et, dans le même ordre d'idées, à ce que ces viandes soient sûres). Cette affirmation trouve appui, dit-elle, dans la réputation dont jouit Aliments Maple Leaf quant à la qualité et à l'innocuité de ses produits, et dans sa devise publique « Toujours de notre mieux » (m.a., par. 60; voir aussi par. 53 et 59).

[38] Or, comme nous l'avons vu aussi (par. 32-34), il ne suffit pas de prouver que le défendeur a pris un engagement. Rappelons que le fait d'assumer une responsabilité, qui incite à une confiance prévisible et raisonnable, crée *un lien* de proximité entre deux parties. Nous devons donc déterminer si cet engagement, s'il a été pris, a été pris *envers les franchisés de Mr. Sub*, et *à quelle fin*. Une confiance de la part des franchisés qui excède la portée et l'objet de cette déclaration n'est ni prévisible ni raisonnable (*Livent*, par. 31) et ne saurait donc évoquer un lien de proximité. L'appelante tente d'aborder cette exigence *non pas* en insistant sur la *confiance* des franchisés de Mr. Sub, mais en renvoyant plutôt à *l'engagement*, affirmant que la confiance des franchisés était [TRADUCTION] « fondée sur le fait que les clients

franchisees used . . . a supplier whose public motto is ‘We take care’” (A.F., at para. 60).

[39] The reference to “customers” and a “public motto” is, in our view, telling, and supports the Court of Appeal’s identification of the scope and purpose of Maple Leaf Foods’ undertaking as being “to ensure that Mr. Sub customers who ate RTE meats would not become ill or die as [a] result of eating the meats” (C.A. reasons, at para. 80). That is, the undertaking, properly construed, was made *to consumers*, with the purpose of assuring *them* that *their* interests were being kept in mind, and not to commercial intermediaries such as Mr. Sub or Mr. Sub franchisees. Their business interests lie outside the scope and purpose of the undertaking.

[40] Further, and in any event, the appellant has failed to establish that Mr. Sub franchisees relied reasonably, or at all, on the undertaking that it says they received from Maple Leaf Foods. Bear in mind that detrimental reliance is manifested by the plaintiff altering its position, thereby foregoing more beneficial courses of action that it would have taken, absent the defendant’s inducement. The appellant offers no evidence of such a change in position by Mr. Sub franchisees, and indeed the evidence affirms that changing their position would not have been possible. As recalled earlier (at paras. 8-9), Mr. Sub franchisees were bound by their franchise agreement with Mr. Sub to purchase RTE meats produced exclusively by Maple Leaf Foods. While they were able to seek Mr. Sub’s permission to find alternative sources of supply, there is no evidence that they did so. It follows that no undertaking on the part of Maple Leaf Foods, even had one been made to Mr. Sub franchisees, caused the franchisees to alter their position in reliance thereon. Generally, they were bound, and had no alternative courses of action to pursue; and, to the extent they had a course of action that was contingent upon the permission of Mr. Sub, they did not seek it. At bottom, there was no interference with the autonomy of Mr. Sub franchisees. Like many franchising arrangements, theirs had already restricted their autonomy in ways

pouvaient avoir confiance que les franchisés avaient recours [. . .] à un fournisseur dont la devise publique est “Toujours de notre mieux” » (m.a., par. 60).

[39] À notre avis, la mention des [TRADUCTION] « clients » et de la « devise *publique* » est révélatrice et appuie la définition donnée par la Cour d’appel de la portée et de l’objet de l’engagement d’Aliments Maple Leaf : [TRADUCTION] « s’assurer que les clients de Mr. Sub qui ont consommé des viandes PAM ne tombent pas malades ou ne meurent pas après en avoir mangé » (motifs de la C.A., par. 80). C’est donc dire que l’engagement, correctement interprété, a été pris *envers les consommateurs*, dans l’intention d’assurer à *ceux-ci* que *leurs* intérêts n’étaient pas oubliés, et non pas envers des intermédiaires commerciaux tels que Mr. Sub ou les franchisés de Mr. Sub. Leurs intérêts commerciaux excèdent la portée et l’objet de l’engagement.

[40] De plus, et de toute façon, l’appelante n’a pas établi que les franchisés de Mr. Sub se sont fiés raisonnablement, ou d’une quelconque façon, à l’engagement qu’elle prétend qu’Aliments Maple Leaf a pris à leur égard. N’oublions pas que le fait de se fier à son détriment à un engagement s’exprime chez le demandeur par un changement de situation, par lequel il renonce aux moyens d’action plus avantageux qu’il aurait pris si le défendeur ne l’avait pas incité à lui faire confiance. L’appelante ne présente aucune preuve que les franchisés de Mr. Sub ont ainsi changé de situation, et de fait, la preuve confirme qu’ils n’auraient pas pu le faire. Comme nous l’avons expliqué précédemment (par. 8-9), les franchisés de Mr. Sub étaient tenus par leur contrat de franchisage avec Mr. Sub d’acheter les viandes PAM produites exclusivement par Aliments Maple Leaf. Même s’ils pouvaient demander à Mr. Sub la permission de se tourner vers d’autres sources d’approvisionnement, rien ne prouve qu’ils l’aient fait. Il s’ensuit qu’aucun engagement pris par Aliments Maple Leaf, même si elle en avait pris un envers les franchisés de Mr. Sub, n’a eu pour effet de modifier la situation des franchisés parce qu’ils s’y seraient fiés. De façon générale, ils étaient liés et n’avaient aucun autre moyen d’action et, dans la mesure où celui qu’ils avaient était conditionnel à ce qu’ils obtiennent la permission de Mr. Sub, ils ne s’en sont pas prévalus. Au fond, il

that foreclose their ability to sue for negligent misrepresentation.

(2) Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures

(a) *The Correlative Right and Duty of Care in Winnipeg Condominium*

[41] Until this appeal, the sole occasion on which this Court has considered a claim for pure economic loss arising from the negligent supply of shoddy goods or structures is its judgment in *Winnipeg Condominium*. It is therefore worth carefully reviewing the liability rule that it established, with attention to the nature of the legal right and correlative duty of care on which it is founded. Further, and as we will explain, subsequent developments to the law of negligence in *Cooper* and *Livent* signify that claims under *Winnipeg Condominium* must now account for the requisite element of proximity.

[42] In *Winnipeg Condominium*, the plaintiff condominium corporation sued the defendant builder for the cost of repairing exterior four-inch thick stone cladding on its 15-storey building. Approximately eight years after construction, the board of directors of the condominium corporation observed that some of the cladding had broken away and that cracks were developing in the remaining cladding. They retained engineers, who recommended minor remedial work, which was done. Seven years later, a storey-high section of the cladding fell from the ninth-storey level of the building to the ground below. Again, engineers were retained and they recommended removal and replacement of the cladding at substantial cost, for which the condominium corporation sued the builder. Not being in privity, the claim was brought in tort, raising the issue of whether the builder owed a duty to the condominium owners, as “subsequent

n’y a pas eu d’atteinte à l’autonomie des franchisés de Mr. Sub. À l’instar de nombreuses ententes de ce type, leur entente de franchisage avait déjà limité leur autonomie de telle sorte qu’ils avaient renoncé à la possibilité de poursuivre pour déclaration inexacte faite par négligence.

(2) Fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité

a) *Le droit et l’obligation de diligence corrélatifs dans Winnipeg Condominium*

[41] Jusqu’au présent pourvoi, la seule fois où la Cour s’est penchée sur une action pour perte purement financière découlant de la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité, c’est dans le jugement *Winnipeg Condominium*. Il convient donc d’examiner attentivement la règle de responsabilité établie dans cet arrêt, en s’attachant à la nature du droit juridique et de l’obligation de diligence corrélatrice sur laquelle il se fonde. De plus, et comme nous l’expliquerons plus loin, l’évolution ultérieure du droit de la négligence dans les arrêts *Cooper* et *Livent* signifie que les prétentions fondées sur l’arrêt *Winnipeg Condominium* doivent maintenant prendre en considération l’élément du lien de proximité requis.

[42] Dans *Winnipeg Condominium*, la société condominiale demanderesse a poursuivi l’entreprise de construction défenderesse pour les frais de réparation du revêtement de pierre extérieure — de quatre pouces d’épaisseur — de l’immeuble de 15 étages dont elle était propriétaire. Environ huit ans après la construction de l’immeuble, le conseil d’administration de la société condominiale a constaté qu’une partie du revêtement s’était détachée et que le reste commençait à se fissurer. Il a retenu les services d’ingénieurs qui ont recommandé certaines réparations mineures, lesquelles ont été effectuées. Sept ans plus tard, une partie du revêtement, d’une hauteur d’un étage, s’est détachée du neuvième étage de l’immeuble pour tomber au sol. Les services d’ingénieurs ont encore une fois été retenus, lesquels ont recommandé l’enlèvement et le remplacement du revêtement à un coût considérable, pour lequel la

purchasers” (meaning that they came *after* the original purchaser on the distributive chain).

[43] On that question, and for the Court, La Forest J. recognized a duty of care based on the reasonable foreseeability of injury to “other persons and property in the community” (para. 21). In doing so, he posited that the presence of *danger* was the linchpin of the analysis. As he emphasized, the building structure in this case was “not merely shoddy; it was dangerous” (para. 12 (emphasis added)). Further, he added that “the degree of danger to persons and other property” created by the negligent construction is “a cornerstone” of the analysis that must be undertaken in determining whether the cost of repair is recoverable in tort (*ibid.* (emphasis added)). As opposed to merely substandard construction, only those defects that posed “a real and substantial danger to the occupants of the building” and had “the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community” were actionable (para. 21). Returning to this point later in his reasons, he reiterated:

... the facts of the present case ... fall squarely within the category of what I would define as a “real and substantial danger”. It is clear from the available facts that the masonry work ... was in a sufficiently poor state to constitute a real and substantial danger to inhabitants of the building and to passers-by. The piece of cladding that fell from the building was a storey high, was made of 4” thick Tyndall stone, and dropped nine storeys. Had this cladding landed on a person or on other property, it would unquestionably have caused serious injury or damage. [Emphasis added; para. 38.]

Given the “reasonable likelihood that a defect in a building will cause injury to its inhabitants, ... if it

société condominiale a poursuivi le constructeur. En l’absence de lien contractuel, elle a intenté une action en responsabilité délictuelle et soulevé la question de savoir si l’entreprise de construction était tenue à une obligation envers les propriétaires en tant qu’« acquéreurs subséquents » (c’est-à-dire qu’ils sont arrivés *après* l’acquéreur initial dans la chaîne de distribution).

[43] Sur cette question, et au nom de la Cour, le juge La Forest a reconnu une obligation de diligence fondée sur la prévisibilité raisonnable qu’un préjudice soit causé « à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité » (par. 21). Ce faisant, il a postulé que la présence d’un *danger* était l’élément clé de l’analyse. Comme il l’a souligné, la structure de l’immeuble dans cette affaire était « non seulement de mauvaise qualité, mais encore dangerouse » (par. 12 (nous soulignons)). De plus, il a ajouté que « la gravité du danger pour les personnes et d’autres biens » résultant de la construction négligente est « une pierre angulaire » de l’analyse qui doit être effectuée pour déterminer si les frais de réparation peuvent faire l’objet d’une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle (*ibid.* (nous soulignons)). Contrairement au cas où une construction était simplement non conforme aux normes, seuls les vices qui présentaient « un danger réel et important pour les occupants de l’immeuble » et risquaient « de causer un préjudice grave à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité » étaient susceptibles d’action (par. 21). Revenant sur ce point plus loin dans ses motifs, il a rappelé ce qui suit :

... les faits de la présente affaire [...] tombent carrément dans la catégorie de ce que j’appellerais un « danger réel et important ». Il est évident, d’après les faits qui nous ont été soumis, que la maçonnerie [...] était en assez piètre état pour constituer un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble et pour les passants. Le morceau de revêtement qui s’est détaché de l’immeuble était une plaque de pierre de Tyndall de quatre pouces d’épaisseur, d’une hauteur d’un étage, qui est tombée neuf étages plus bas. Nul doute que, si ce morceau de revêtement était tombé sur une personne ou sur un autre bien, il aurait causé un préjudice grave. [Nous soulignons; par. 38.]

Vu la « probabilité raisonnable qu’un vice dans un immeuble causera un préjudice à ses occupants [...]

poses a real and substantial danger”, the Court held that a builder owed a duty to take reasonable care in the design or construction of building structures to avoid creating a real and substantial danger to health and safety (para. 36).

[44] At first glance, the liability rule in *Winnipeg Condominium* may appear curious, since it appears as though liability is imposed *not* in respect of damage that *has* occurred to the plaintiff’s rights, but in respect of a real and substantial *danger* thereto. As a general principle, there is no liability for negligence “in the air”, for “[t]here is no right to be free from the *prospect* of damage” but “only a right not to *suffer* damage that results from exposure to unreasonable risk” (*Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420, at para. 33 (emphasis in original); *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 16; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at p. 964).

[45] We maintain, however, that, properly understood, the liability rule in *Winnipeg Condominium* is consonant with that principle. In that case, the Court was clear about the source of the right to which the duty of care corresponds: *the plaintiff’s rights in person or property* (paras. 21, 36 and 42).³ Where a design or construction defect poses a real and substantial danger — that is, what Fraser C.J.A. and Côté J.A. described in *Blacklaws v. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28, at para. 62, as “imminent risk” of “physical harm to the plaintiffs or their chattels” or property — *and* the danger “would unquestionably have caused serious injury or damage” if realized, given the “reasonable likelihood that a defect . . . will cause injury to its inhabitants”, it makes little difference whether the plaintiff recovers

³ While the plaintiff in *Winnipeg Condominium* was the condominium corporation itself, La Forest J. conceived of its position as akin to that of an occupier of a building. He reasoned that the defendant contractor’s negligence had “the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community”, including potential damage to the corporation (para. 21).

s’il présente un danger réel et important », la Cour a conclu que le constructeur devait faire preuve de diligence raisonnable dans la conception ou la construction des structures d’un immeuble de manière à éviter de créer un danger réel et important pour la santé et la sécurité (par. 36).

[44] À première vue, la règle de responsabilité établie dans *Winnipeg Condominium* peut paraître étrange, puisqu’il semble que la responsabilité est imposée *non pas* pour le préjudice qui *a été* causé aux droits du demandeur, mais pour le *danger* réel et important qu’un tel préjudice soit causé. En règle générale, il n’y a pas de responsabilité pour de « simples rumeurs » de négligence; en effet, « [l]e droit d’être à l’abri de l’éventualité d’un préjudice n’existe pas », mais « il existe seulement un droit de ne pas *subir* de préjudice découlant de l’exposition à un risque déraisonnable » (*Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420, par. 33 (en italique dans l’original); *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 16; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 964).

[45] Nous confirmons, cependant, que selon une interprétation correcte, la règle de responsabilité établie dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* s’accorde avec ce principe. Dans cette affaire, la Cour a clairement précisé la source du droit auquel l’obligation de diligence correspond : *les droits du demandeur sur la personne ou les biens* (par. 21, 36 et 42)³. Lorsqu’un vice de conception ou de construction présente un danger réel et important — c’est-à-dire ce que la juge en chef Fraser et le juge Côté ont décrit dans l’arrêt *Blacklaws c. 470433 Alberta Ltd.*, 2000 ABCA 175, 261 A.R. 28, par. 62, comme [TRADUCTION] le « risque imminent » qu’un « préjudice corporel soit causé aux demandeurs ou qu’un dommage matériel soit causé à leurs chatels » ou à leur biens — *et* qu’il n’y a « nul doute » que ce danger « aurait causé un

³ Même si la demanderesse dans *Winnipeg Condominium* était la société condominiale elle-même, le juge La Forest a considéré qu’elle avait un statut semblable à celui de l’occupant d’un immeuble. Selon lui, la négligence de l’entrepreneur défendeur « risqu[ait] de causer un préjudice grave à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité », et notamment de porter un préjudice à la société (par. 21).

for an injury actually suffered or for expenditures incurred in preventing the injury from occurring (*Winnipeg Condominium*, at paras. 36 and 38; see also *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), at p. 280; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), at p. 488, per Lord Oliver of Aylmerton). Thus, the economic loss incurred to avert the danger “is analogized to physical injury to the plaintiff’s person or property” (P. Benson, “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, in D. G. Owen, ed., *Philosophical Foundations of Tort Law* (1995), 427, at p. 429). The point is that the law views the plaintiff as having sustained actual injury to its right in person or property because of the necessity of taking measures to put itself or its other property “outside the ambit of perceived danger” (*ibid.*, at p. 440; see also *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935), at p. 404).

[46] As we see it, then, recovery for the economic loss sustained in *Winnipeg Condominium* was founded upon the idea that, in the eyes of the law, the defendant negligently interfered with rights in person or property. We see this as having been La Forest J.’s point in *Winnipeg Condominium* where he explained:

If a contractor can be held liable in tort where he or she constructs a building negligently and, as a result of that negligence, the building causes damage to persons or property, it follows that the contractor should also be held liable in cases where the dangerous defect is discovered and the owner of the building wishes to mitigate the danger In both cases, the duty in tort serves to protect the bodily integrity and property interests of the inhabitants of the building. [Emphasis added; para. 36.]

In our view, this normative basis for the duty’s recognition — that it protects a right to be free from injury to one’s person or property — also delimits

préjudice grave » s’il avait été découvert, étant donné la « probabilité raisonnable qu’un vice [. . .] causera un préjudice à ses occupants », il importe peu que le demandeur soit indemnisé pour un préjudice effectivement subi ou pour les dépenses engagées pour empêcher que le préjudice ne se produise (*Winnipeg Condominium*, par. 36 et 38; voir aussi *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), p. 280; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), p. 488, le lord Oliver of Aylmerton). En conséquence, la perte financière subie pour éviter le danger [TRADUCTION] « est comparée par analogie au préjudice corporel à la personne du demandeur ou au dommage matériel à ses biens » (P. Benson, « The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law », dans D. G. Owen, dir., *Philosophical Foundations of Tort Law* (1995), 427, p. 429). Le fait est qu’en droit, le demandeur a subi un préjudice réel à son droit sur la personne ou les biens parce qu’il a dû prendre des mesures pour se placer ou placer ses autres biens [TRADUCTION] « hors de la portée du danger perçu » (*ibid.*, p. 440; voir aussi *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935), p. 404).

[46] Selon nous, l’indemnisation pour la perte financière subie dans *Winnipeg Condominium* était donc fondée sur l’idée qu’aux yeux du droit, la défenderesse avait par négligence porté atteinte aux droits sur la personne ou les biens. C’est, selon nous, ce que voulait dire le juge La Forest dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* lorsqu’il a expliqué ce qui suit :

Si un entrepreneur peut voir engager sa responsabilité en matière délictuelle s’il fait preuve de négligence dans la construction d’un immeuble et que, par suite de cette négligence, l’immeuble cause des lésions corporelles ou des dommages matériels, il s’ensuit que sa responsabilité devrait également être engagée dans un cas où le vice dangereux est découvert et où le propriétaire de l’immeuble souhaite atténuer le danger [. . .] Dans l’un et l’autre cas, l’obligation en matière délictuelle sert à protéger l’intégrité physique ainsi que les intérêts matériels des occupants de l’immeuble. [Nous soulignons; par. 36.]

À notre avis, ce fondement normatif de la reconnaissance de l’obligation — qu’elle protège le droit d’une personne d’être à l’abri de tout préjudice porté à sa

its scope. This is because this basis vanishes where the defect presents no imminent threat.

[47] The appellant urges us to extend the liability rule in *Winnipeg Condominium* so as to recognize what La Forest J. refrained from recognizing (para. 41), which is a duty owed to subsequent purchasers for the cost of repairing *non-dangerous* defects in building structures and products. But merely shoddy products, as opposed to *dangerous* products, raise different questions pertaining to issues such as implied conditions and warranties as to quality and fitness for purpose, and not of real and substantial threats to person or property (*Winnipeg Condominium*, at para. 42). In our view, those claims are better channelled through the law of contract, which is the typical vehicle for allocating risks where the only complaint is of defective quality (*Hasegawa & Co. v. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261, at paras. 57-61). Further, and even more fundamentally, such concerns do not implicate a right protected under tort law. As Laskin J.A. explained in *Hughes v. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433 (C.A.), at para. 26, in identifying the limits of the duty, “compensation to repair a defective but not dangerous product will improve the product’s quality but not its safety”. Again, we observe that, absent a contractual or statutory entitlement, there is no right to the quality of a bargain.

[48] It follows that the normative basis for the duty not only limits *its* scope, but in doing so also furnishes a principled basis for limiting *the scope of recovery*. As La Forest J. explained, the potential injury to persons or property grounds not only the duty but also one’s entitlement to “the cost of repairing the defect”, that is, the cost of mitigating the danger by “fixing the defect and putting the building back into a non-dangerous state” (para. 36). In other words,

personne ou à ses biens — délimite aussi sa portée. Il en est ainsi parce que ce fondement disparaît lorsque le vice ne pose aucune menace imminente.

[47] L’appelante nous exhorte à étendre la portée de la règle de responsabilité énoncée dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* de façon à reconnaître ce que le juge La Forest s’est abstenu de reconnaître (par. 41), c’est-à-dire l’existence d’une obligation à l’égard des acquéreurs subséquents pour les frais de réparation des vices *non dangereux* dans les structures d’un immeuble et les produits. Or, les produits qui sont simplement de mauvaise qualité, par opposition à ceux qui sont *dangereux*, soulèvent des questions différentes s’attachant à des considérations telles que les conditions et garanties implicites de qualité et d’adaptation à la destination, et non pas des questions de danger réel et important pour une personne ou des biens (*Winnipeg Condominium*, par. 42). À notre avis, il est préférable que ces allégations soient examinées sous l’angle du droit des contrats, qui est le moyen habituel de répartir les risques lorsqu’on se plaint uniquement de qualité déficiente (*Hasegawa & Co. c. Pepsi Bottling Group (Canada) Co.*, 2002 BCCA 324, 169 B.C.A.C. 261, par. 57-61). Qui plus est, et plus fondamentalement encore, de telles préoccupations ne mettent pas en cause un droit protégé par le droit de la responsabilité délictuelle. Comme le juge Laskin l’a expliqué dans l’arrêt *Hughes c. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433 (C.A.), par. 26, alors qu’il établissait les limites de l’obligation, [TRADUCTION] « l’indemnité versée en vue de réparer un produit défectueux, mais non dangereux, améliorera la qualité, mais non la sécurité, du produit ». Là encore, nous constatons qu’en l’absence de droit établi par contrat ou par la loi, il n’existe aucun droit à la qualité d’une affaire.

[48] Le fondement normatif de l’obligation ne limite donc pas seulement *sa* portée, mais, ce faisant, il offre également un fondement rationnel qui permet de limiter la *portée de l’indemnisation*. Comme l’a expliqué le juge La Forest, la possibilité qu’un préjudice soit porté à une personne ou à des biens sert de fondement non seulement à l’obligation, mais aussi au droit à une indemnisation pour les « frais de réparation du vice », c’est-à-dire les frais engagés

allowing recovery exceeding the costs associated with removing the danger goes beyond what is necessary to safeguard the right to be free from injury caused to one's person or property (see *Winnipeg Condominium*, at para. 49). Like our colleague at para. 125, we note that, in making this point, La Forest J. relied on the dissenting reasons of Laskin J. (as he then was) in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189.

[49] We do agree with the appellant, however, that this same normative force of protecting physical integrity in the face of a real and substantial danger can apply to products *other than* building structures — that is, to goods. That said, in applying the *Winnipeg Condominium* liability rule to goods, it must be borne in mind that, properly understood, it states a narrow duty. While, therefore, there is no principled reason for confining its application to dangerously defective *building structures*, what a plaintiff can recover, irrespective of whether the claim is in respect of a building structure or a good, *will* be confined by the duty's concern for averting danger. The point is not to preserve the plaintiff's continued use of a product; rather, recovery is for the cost of *averting a real and substantial danger* of “personal injury or damage to other property” (*Winnipeg Condominium*, at para. 35).

[50] It follows that where it is feasible for the plaintiff to simply discard the defective product, the danger to the plaintiff's rights, along with the basis for recovery, falls away. The significance of this point is perhaps best appreciated by recalling that, in *Winnipeg Condominium*, La Forest J. cited an argument made by Lord Keith of Kinkel at the House of Lords in *Murphy*, at p. 465, that “[i]t is difficult to draw a distinction in principle between an article which is useless or valueless and one which suffers from a defect which would render it dangerous in

pour atténuer le danger « en réparant ce vice et en remettant l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger » (par. 36). En d'autres termes, permettre une indemnisation qui excède les frais liés à la suppression du danger va au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder le droit d'une personne d'être à l'abri de tout préjudice porté à sa personne ou à ses biens (voir *Winnipeg Condominium*, par. 49). À l'instar de notre collègue, au par. 125, nous soulignons qu'en faisant cette remarque, le juge La Forest s'est appuyé sur les motifs dissidents du juge Laskin (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189.

[49] Nous *convenons* cependant avec l'appelante que cette même force normative de protection de l'intégrité physique devant un danger réel et important *peut* s'appliquer à des produits *autres que* des structures d'immeuble — c'est-à-dire à des marchandises (aussi appelés biens). Cela dit, en appliquant la règle de responsabilité de l'arrêt *Winnipeg Condominium* à des marchandises, il faut garder à l'esprit que, correctement interprétée, elle impose une obligation de portée restreinte. Quoiqu'il n'existe donc aucune raison de principe justifiant de limiter son application aux *structures d'immeuble* comportant un vice dangereux, l'indemnisation que peut obtenir le demandeur, peu importe que sa demande porte sur la structure d'un immeuble ou sur un bien, *sera* limitée par le souci d'éviter un danger qui anime cette obligation. Il ne s'agit pas de faire en sorte que le demandeur puisse continuer à utiliser un produit; l'indemnisation vise plutôt les frais engagés pour *éviter un danger réel et important* de « lésions corporelles ou [. . .] d[e] dommages [. . .] à d'autres biens » (*Winnipeg Condominium*, par. 35).

[50] Il s'ensuit que, lorsqu'il est possible pour le demandeur de simplement se défaire du produit défectueux, le danger pour les droits du demandeur, de même que le fondement de l'indemnisation, disparaît. L'importance de ce point se comprend peut-être mieux en rappelant que, dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*, le juge La Forest a cité un argument formulé par lord Keith of Kinkel de la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy*, à la p. 465, à savoir [TRA-DUCTION] « [qu'il] est difficile d'établir une distinction de principe entre un article inutile ou sans valeur

use but which is discovered by the purchaser in time to avert any possibility of injury. The purchaser may incur expense in putting right the defect, or, more probably, discard the article” (para. 39). On the facts of *Winnipeg Condominium*, which involved a residential structure, La Forest J. did not accept that this argument should apply:

... it is based upon an unrealistic view of the choice faced by home owners in deciding whether to repair a dangerous defect in their home. In fact, a choice to “discard” a home instead of repairing the dangerous defect is no choice at all: most home owners buy a home as a long term investment and few home owners, upon discovering a dangerous defect in the home, will choose to abandon or sell the building rather than to repair the defect. Indeed, in most cases, the cost of fixing a defect in a house or building, within the reasonable life of that house or building, will be far outweighed by the cost of replacing the house or buying a new one. This was certainly demonstrated in this case by the fact that the Condominium Corporation incurred costs of over \$1.5 million in repairing the building rather than choosing to abandon or sell the building. [Emphasis added; para. 40.]

[51] Whether, then, one is considering defects in a building structure or a good, it is the feasibility of discarding the thing as the means of averting the danger which will determine whether the plaintiff’s loss is recoverable. We agree that few homeowners or owners of other kinds of building structures can reasonably remove the real and substantial danger posed by a defect by walking away from the building structure. And we accept that, in *Winnipeg Condominium*, this Court held that, in such circumstances, no legally significant distinction could be drawn between the cost of removing the danger and the cost of repairing the defect or replacing the defective component. No party has asked us to reconsider that holding and, in the absence of full submissions, we would not risk clarity and certainty in the law by doing so here (*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 858-59; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 20). In our view, however, Lord Keith of Kinkel’s argument

et un article ayant une défectuosité qui le rendrait dangereux à utiliser mais que l’acheteur découvre à temps pour éviter toute possibilité de blessure. L’acheteur peut engager des frais pour réparer le défaut ou, plus vraisemblablement, il peut se défaire de l’article en question » (par. 39). Eu égard aux faits de l’affaire *Winnipeg Condominium*, où une structure résidentielle était en cause, le juge La Forest n’a pas accepté l’idée selon laquelle cet argument devrait s’appliquer :

... il se fonde sur une conception irréaliste du choix qu’ont à faire les propriétaires de maison en décidant s’ils répareront un vice dangereux dans leur maison. En fait, le choix de « se défaire » d’une maison au lieu de la réparer n’est absolument pas un choix : la plupart des propriétaires acquièrent leur maison à titre de placement à long terme et rares sont ceux qui, après avoir découvert que leur maison comporte un vice dangereux, choisiront de l’abandonner ou de la vendre plutôt que de réparer le vice en question. Dans la plupart des cas, en effet, il en coûte moins — et de loin — de réparer le vice d’une maison ou d’un immeuble pendant sa vie utile raisonnable que de remplacer ce bâtiment ou d’en acheter un autre. C’est ce qu’a certainement démontré, en l’espèce, le fait que la société condominiale a engagé des frais de plus de 1,5 million de dollars pour réparer l’immeuble en cause plutôt que de l’abandonner ou de le vendre. [Nous soulignons; par. 40.]

[51] Ainsi, qu’il soit question de vices dans la structure d’un immeuble ou dans un bien, c’est la possibilité de se défaire de la chose comme moyen d’éviter le danger qui déterminera si la perte du demandeur est indemnisable. Nous convenons que rares sont les propriétaires de maison ou d’autres types de structures d’immeuble qui peuvent raisonnablement supprimer le danger réel et important que présente un vice en abandonnant la structure d’immeuble. De plus, nous reconnaissons que, dans l’arrêt *Winnipeg Condominium*, notre Cour a conclu qu’en pareilles circonstances, aucune distinction importante sur le plan juridique ne pouvait être établie entre les frais engagés pour supprimer le danger et les frais de réparation du vice ou de remplacement de la composante défectueuse. Aucune des parties ne nous demande de revenir sur cette conclusion et, en l’absence d’observations complètes à cet égard, nous ne saurions compromettre la clarté et la certitude du droit en le faisant en l’espèce (*R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S.

is more readily applicable in dealing with *goods*, and courts must be alive to this possibility. We reiterate that a breach of the duty recognized in *Winnipeg Condominium* exposes the defendant to liability for the cost of *averting a real and substantial danger*, and *not* of repairing a defect *per se*.

[52] An instructive example of a dangerously defective *good* which could not be feasibly discarded is provided by *Plas-Tex*, where the defendant Dow Chemical sold polyethylene resin to the plaintiffs, knowing that it would be used in the construction of 3,000 miles of pipeline (1,700 miles of which was buried underground) used to transport natural gas, and knowing that it was dangerously defective (the resin tended to crack, allowing natural gas to escape, creating the risk of an explosion, and indeed had already caused an explosion). This dangerously defective product was so integrated with the plaintiffs' pipeline operation (and with the pipeline itself) that repair was the only feasible option. Indeed, discarding the pipeline without undertaking mitigation might well have *increased* the already real and substantial danger which Picard J.A. identified.

[53] There will, of course, be other goods containing defects which present real and substantial dangers, and to which La Forest J.'s observations in *Winnipeg Condominium* about the impossibility of discarding homes and other building structures may apply. To be clear, this is a high threshold that we do not anticipate will be regularly met. The plaintiff must, like most homeowners faced with a dangerously defective home, be shown to be effectively bereft of reasonable options. When applied to goods, this describes the rare case.

[54] The foregoing kind of good stands in contrast to two other kinds of goods. First, and more

833, p. 858-859; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 20). À notre avis, cependant, l'argument soulevé par lord Keith of Kinkel trouve plus facilement application lorsqu'il est question de *biens*, et les tribunaux doivent être conscients de cette possibilité. Rappelons que le manquement à l'obligation reconnue dans l'arrêt *Winnipeg Condominium* expose le défendeur à une responsabilité pour les frais engagés en vue d'*éviter un danger réel et important*, et non de réparer un vice en tant que tel.

[52] L'affaire *Plas-Tex* offre un exemple instructif d'un cas où il n'est pas possible de se défaire d'un *bien* comportant un vice dangereux. La défenderesse Dow Chemical avait vendu de la résine de polyéthylène aux demanderesse tout en sachant que le produit servirait à la construction d'un pipeline d'une longueur de 3 000 milles (dont 1 700 milles enfouis sous terre) destiné au transport de gaz naturel, et qu'il comportait un vice dangereux (la résine avait tendance à se fissurer de sorte que du gaz naturel pouvait s'échapper, ce qui créait un risque d'explosion et avait, en fait, déjà causé une explosion). Ce produit comportant un vice dangereux était tellement intégré à l'exploitation du pipeline par les demanderesse (et au pipeline lui-même) que la réparation était la seule option possible. En fait, se défaire du pipeline sans prendre de mesures d'atténuation aurait très bien pu *accroître* le danger déjà réel et important constaté par la juge Picard.

[53] Il y aura, bien sûr, d'autres biens comportant des vices qui présentent des dangers réels et importants, et auxquels les observations formulées par le juge La Forest dans l'arrêt *Winnipeg Condominium* — au sujet de l'impossibilité de se défaire de maisons et d'autres structures d'immeuble — pourront s'appliquer. En termes clairs, il s'agit d'un seuil élevé qui, à notre avis, ne sera pas régulièrement atteint. Il faut établir que le demandeur, comme la plupart des propriétaires de maison comportant un vice dangereux, ne dispose effectivement d'aucune option raisonnable. Lorsqu'il s'agit de biens, c'est rarement le cas.

[54] Ce type de biens se distingue de deux autres types de biens. Premièrement, et plus fréquemment,

commonly, there is the good whose dangerous defect *can* realistically be addressed by discarding it. This will, we expect, apply to most defective consumer goods. Again, the liability rule in *Winnipeg Condominium* protects a right to be free of a negligently caused real and substantial danger, not to the continued use of a product. If the danger can be removed without repair, the right is no less vindicated. (To be clear, if the plaintiff incurs a reasonably foreseeable cost in discarding the product — such as a regulatory disposal fee — that is recoverable as a cost of removing the danger).

[55] Secondly, there is the kind of good like the RTE meats, for which “repair” is simply not possible. The good must, therefore, also be discarded. While in such circumstances the plaintiff may recover any costs of disposal, that is the extent of its possible recovery under this liability rule. It must be remembered that, because the right protected by this liability rule is that in the physical integrity of person or property, recovery is confined to the cost of removing a real and substantial danger *to that right* — by, where possible, discarding it. Conversely, it does not extend to the diminution or loss of *other interests* that the appellant invokes here, such as business goodwill, business reputation, sales, profits, capital value or replacement of the RTE meats.

[56] We add this. We find ourselves in respectful disagreement with our colleague’s view that Laskin J.’s dissenting reasons in *Rivtow*, “which were explicitly adopted in *Winnipeg Condominium*, at para. 36, suggest that additional economic losses may be recoverable under this class of duty” (para. 125). This is significant, she explains, because it suggests that courts ought not to restrict recovery to that which was allowed in *Winnipeg Condominium*, since “the absence of a claim for lost profits or other direct economic losses should not be read to preclude recovery of those losses in future cases” (para. 124 (emphasis in original)). In our respectful view, this overstates

il y a le bien dont le vice dangereux *peut*, de façon réaliste, être corrigé en se défaisant du bien. Nous nous attendons à ce que ce soit le cas de la plupart des biens de consommation défectueux. Encore une fois, la règle de responsabilité énoncée dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* protège le droit d’être à l’abri de tout danger réel et important causé par la négligence, et non le droit à l’usage continu d’un produit. Si le danger peut être supprimé sans réparation, le droit n’est pas moins défendu. (En clair, si le demandeur engage des frais raisonnablement prévisibles pour se défaire du produit — par exemple des frais d’élimination réglementaires — ceux-ci sont recouvrables en tant que frais de suppression du danger).

[55] Deuxièmement, il existe un type de biens, comme les viandes PAM, qu’il n’est tout simplement pas possible de « réparer ». Il faut donc également se défaire du bien. Quoiqu’en pareilles circonstances, le demandeur puisse recouvrer les frais d’élimination, c’est là tout ce qu’il peut recouvrer en vertu de cette règle de responsabilité. Il faut se rappeler que, parce que le droit protégé par cette règle est celui qui s’attache à l’intégrité physique d’une personne ou à ses biens, l’indemnisation se limite aux frais engagés pour supprimer le danger réel et important *pour ce droit* — en se défaisant du bien en cause, dans la mesure du possible. À l’inverse, elle ne s’étend pas à la diminution ou à la perte d’autres intérêts que l’appellante invoque en l’espèce, notamment la clientèle commerciale, la réputation commerciale, les ventes, les profits, la valeur en capital ou le remplacement des viandes PAM.

[56] Nous ajouterions ceci. En tout respect, nous ne partageons pas le point de vue de notre collègue selon lequel les motifs dissidents du juge Laskin dans *Rivtow*, « qui ont été explicitement adoptés dans l’arrêt *Winnipeg Condominium*, par. 36, suggèrent que d’autres pertes financières pourraient être indemnisables au titre de cette catégorie d’obligation » (par. 125). C’est important, explique-t-elle, car cela tend à indiquer que les tribunaux ne devraient pas restreindre l’indemnisation à ce qui a été autorisé dans *Winnipeg Condominium*, car « il ne faudrait pas considérer que l’absence de réclamation visant la perte de profits ou d’autres pertes financières directes

the breadth of Laskin J.'s dissent and of this Court's adoption thereof in *Winnipeg Condominium*. In *Rivtow*, the Court was unanimously of the view that the lost profits of the charterer by demise of the defective cranes were recoverable due to the manufacturer's breach of its duty to warn. Laskin J. dissented on one narrow issue: whether the cost of repairing the cranes was also recoverable. The reasoning of Laskin J., therefore, was directed — and applied by this Court in *Winnipeg Condominium* (at para. 36) — *only* to support the plaintiff's claim for *those* costs. There is simply no suggestion, either in *Rivtow*, including Laskin J.'s dissent, or in *Winnipeg Condominium*, that “additional economic losses may be recoverable”. Rather, they suggest the opposite.

(b) *Whether the RTE Meats Created a Real and Substantial Danger to the Appellant*

[57] In our view, the appellant's claim based on negligent supply of goods must fail for two reasons. First, a duty of care in respect of the negligent supply of shoddy goods or structures is predicated, as we have explained, upon a defect posing a real and substantial danger to the plaintiff's rights in person or property. In this case, any danger posed by the supply of RTE meats — which arose from the possibility that they were actually contaminated with listeria — could be a danger only to *the ultimate consumer*. No such danger was posed to the Mr. Sub franchisees. Even if the RTE meats posed a real and substantial danger to *consumers*, this offers no support for the franchisees' claim that the alleged loss of past and future sales, past and future profits, capital value and goodwill was the result of interference with *their* rights. Effectively, the Mr. Sub franchisees are seeking to bootstrap their claim to the rights of *consumers*. Further, *even if* the franchisees could have established an imminent risk to their own rights in person or property, the most they

empêche l'indemnisation de ces pertes dans de futures causes » (par. 124 (en italique dans l'original)). À notre humble avis, cela exagère la portée de la dissidence du juge Laskin et de l'adoption de celle-ci par notre Cour dans *Winnipeg Condominium*. Dans l'arrêt *Rivtow*, la Cour était unanimement d'avis que la perte de profits de l'affrètement en coque nue des grues défectueuses était indemnisable parce que le fabricant avait manqué à son obligation d'avertissement. Le juge Laskin était dissident sur une question précise, à savoir si le coût de réparation des grues pouvait également être recouvré. Le raisonnement du juge Laskin — et son application par notre Cour dans *Winnipeg Condominium* (par. 36) — visaient donc *uniquement* à soutenir la réclamation de *ces* frais par la demanderesse. Il n'y a tout simplement rien dans *Rivtow*, y compris dans les motifs dissidents du juge Laskin, ou dans *Winnipeg Condominium*, qui suggère que « d'autres pertes financières pourraient être indemnisables ». Ces arrêts suggèrent plutôt le contraire.

b) *La question de savoir si les viandes PAM présentaient un danger réel et important pour l'appelante*

[57] À notre avis, la prétention de l'appelante fondée sur la fourniture négligente de marchandises doit échouer pour deux raisons. D'abord et comme nous l'avons expliqué, il ne peut y avoir obligation de diligence pour la fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité que si un vice présente un danger réel et important pour les droits du demandeur sur la personne ou les biens. En l'espèce, tout danger posé par la fourniture de viandes PAM — qui découlait de la possibilité que celles-ci soient en fait contaminées par la listeria — ne pouvait constituer un danger que pour *le dernier consommateur*. Les franchisés de Mr. Sub n'ont été exposés à aucun danger de la sorte. Même si les viandes PAM constituaient un danger réel et important pour les *consommateurs*, cela n'étaye aucunement l'allégation des franchisés selon laquelle la perte de ventes passées et futures, de profits passés et futurs, de valeur en capital et de clientèle qui aurait été subie résultait d'une atteinte à *leurs* droits. En effet, les franchisés de Mr. Sub cherchent à greffer leur

could have recovered would have been the cost of averting this danger.

[58] This leads us to our second reason why the appellant’s claim must fail. While the RTE meats may have posed a real and substantial danger to consumers when they were manufactured, any such danger evaporated when they were recalled and destroyed. In other words, their dangerousness was in their latency (*Cardwell v. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135, at paras. 34-35). It bears repeating that removing a danger — whether in a product like the RTE meats that cannot be repaired, or in the case of goods that can — will in many (and, indeed, in most) cases be achieved by simply discarding the good at little or no expense. We therefore agree that, once that was accomplished in this case by way of the recall, the facts would not support a finding that the RTE meats posed a real and substantial danger thereafter to anyone — not to consumers, and certainly not to Mr. Sub franchisees, who can therefore show no injury to a relevant right protected under tort law.

(c) *Whether the Parties Were in a Relationship of Proximity*

[59] Nonetheless, even if the RTE meats *had* posed a real and substantial danger within the meaning of *Winnipeg Condominium* to Mr. Sub franchisees’ rights and had not been discarded, our analysis would not end here. In *Winnipeg Condominium*, the duty of care analysis was undertaken in accordance with the then-prevailing test for recognizing a duty of care in Canadian negligence law: the *Anns* test, under which a duty of care would, *prima facie*, arise where injury to the plaintiff is a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence. And so, La Forest J. concluded that a *prima facie* duty of care existed on the basis of foreseeability of “personal injury or damage to other property”, without inquiring

demande aux droits des *consommateurs*. De plus, *même si* les franchisés avaient pu établir l’existence d’un risque imminent pour leurs propres droits sur la personne ou les biens, ils auraient pu tout au plus recouvrer les frais engagés pour *éviter* ce danger.

[58] Cela nous amène à la deuxième raison pour laquelle la prétention de l’appelante doit échouer. Bien que les viandes PAM puissent avoir posé un danger réel et important pour les consommateurs lorsqu’elles ont été fabriquées, tout danger de ce genre a disparu lorsqu’elles ont été rappelées et détruites. En d’autres mots, leur caractère dangereux était latent (*Cardwell c. Perthen*, 2007 BCCA 313, 243 B.C.A.C. 135, par. 34-35). Il convient de rappeler que, dans bien des cas (et, en fait, dans la plupart des cas), on supprimera un danger — que ce soit dans un produit comme les viandes PAM qui ne peut être réparé, ou dans un bien qui peut l’être — en se défaisant simplement du bien à peu ou pas de frais. Nous convenons donc qu’une fois que cela a été fait en l’espèce par voie du rappel, les faits n’étaient pas une conclusion selon laquelle les viandes PAM présentaient un danger réel et important pour quiconque par la suite — pas pour les consommateurs et certainement pas pour les franchisés de Mr. Sub, qui ne peuvent donc démontrer aucun préjudice à un droit pertinent protégé par le droit de la responsabilité délictuelle.

c) *La question de savoir s’il y avait un lien de proximité entre les parties*

[59] Néanmoins, même si les viandes PAM *avaient* présenté un danger réel et important au sens de l’arrêt *Winnipeg Condominium* pour les droits des franchisés de Mr. Sub, et qu’on ne s’en était pas défait, notre analyse ne s’arrêterait pas ici. Dans *Winnipeg Condominium*, l’analyse de l’obligation de diligence a été effectuée en conformité avec le critère de reconnaissance de l’obligation de diligence qui existait alors en droit canadien de la négligence : le critère de l’arrêt *Anns* selon lequel il existe une obligation de diligence *prima facie* lorsque le préjudice subi par le demandeur est une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur. Ainsi, le juge La Forest a conclu à l’existence d’une

into whether the parties were in a relationship of proximity (para. 35).

[60] But just as the duty analysis to be applied in cases of alleged negligent misrepresentation and performance of a service had to be adjusted in *Livent* to account for its refinement in *Cooper* in the form of the *Anns/Cooper* framework, so too must the duty analysis in cases of negligent supply of shoddy goods or structures conform to that framework. As Professor Klar has observed, the Court’s judgment in *Livent* “has implications for the application of the *Anns/Cooper* duty of care formula to all negligence actions and should not be confined merely to negligent misrepresentation cases” (L. Klar, “Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond?” (2018), 48 *Adv. Q.* 235, at p. 238). While, therefore, *Winnipeg Condominium* remains binding authority governing the duty of care in respect of shoddy goods or structures, the framework by which that duty is imposed must now distinguish more clearly between foreseeability and *proximity*.

[61] As we will explain, this provides a further reason to dispose not only of the appellant’s claim under *Winnipeg Condominium*, but also of the arguments favouring recognition of a novel duty of care.

(i) Proximity

[62] As the Court explained in *Livent* (albeit in the context of negligent misrepresentation or performance of a service), proximity — which is “a distinct and more demanding hurdle than reasonable foreseeability” (para. 34) — informs the foreseeability inquiry, and should therefore be considered prior

obligation de diligence *prima facie* sur le fondement de la prévisibilité de « lésions corporelles ou [. . .] d[e] dommages [. . .] à d’autres biens », sans se demander s’il y avait un lien de proximité entre les parties (par. 35).

[60] Cependant, tout comme dans l’arrêt *Livent*, où il a fallu adapter l’analyse de l’obligation de diligence à appliquer en cas d’allégations de déclaration inexacte faite par négligence et de prestation négligente d’un service pour tenir compte des précisions apportées dans l’arrêt *Cooper*, soit le cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, l’analyse de l’obligation de diligence en cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité doit également se conformer à ce cadre. Comme l’a fait remarquer le professeur Klar, le jugement de notre Cour dans l’affaire *Livent* [TRADUCTION] « a des incidences sur l’application de la formule relative à l’obligation de diligence énoncée dans les arrêts *Anns* et *Cooper* à toutes les actions en négligence, et ne devrait pas s’appliquer simplement aux affaires de déclaration inexacte faite par négligence » (L. Klar, « Duty of Care for Negligent Misrepresentation — And Beyond? » (2018), 48 *Adv. Q.* 235, p. 238). Bien que l’arrêt *Winnipeg Condominium* continue donc à faire autorité en ce qui a trait à l’obligation de diligence à l’égard des marchandises ou des structures de mauvaise qualité, le cadre d’analyse qui permet d’imposer cette obligation doit maintenant établir une distinction plus claire entre la prévisibilité et le *lien de proximité*.

[61] Comme nous l’expliquerons, cela fournit une autre raison de trancher la prétention formulée par l’appelante sur le fondement de l’arrêt *Winnipeg Condominium*, mais également les arguments en faveur de la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence.

(i) Lien de proximité

[62] Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Livent* (quoique dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service), le lien de proximité — qui est « un obstacle distinct et plus exigeant que la prévisibilité raisonnable » (par. 34) — sert à guider l’analyse de

to assessing foreseeability of injury. As Professor Klar has explained, “[t]he existence of proximity depend[s] upon the nature of the relationship between the parties [which] in turn dictate[s] the type of injury which could flow from this relationship and hence the losses which could be considered to have been reasonably foreseeable” (p. 242). We agree: in *all* claims, including claims of dangerous goods or structures, the considerations that support a finding of proximity also limit the type of injury that may be reasonably foreseen to result from the defendant’s negligence. (The result of doing so in this case is to render a foreseeability analysis unnecessary since, as we shall explain, the appellant cannot demonstrate a proximate relationship between itself and Maple Leaf Foods.)

[63] Assessing proximity requires asking whether, in light of the nature of the relationship at issue (*Livent*, at para. 25), the parties are in such a “close and direct” relationship that it would be “just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law” (*Livent*, at para. 25, citing *Cooper*, at paras. 32 and 34). This assessment proceeds in two steps.

[64] First, the court must ask whether proximity can be made out by reference to an established or analogous category of proximate relationship (*Livent*, at paras. 26-28). This question comes first because “[i]f a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown” (*Livent*, at para. 26). Analogous categories of proximity step into a prior and continuing stream of legal development. They are, in other words, just that: *analogous*, in the sense of being *like* an established category, although different in scope. Applying an established category of proximity so as to recognize another is simply an instance of the inductive reasoning whereby the common law is developed and a duty recognized in one set of cases is applied to a similar set of cases.

la prévisibilité et l’examen de ce facteur devrait précéder celui de la prévisibilité du préjudice. Comme l’a expliqué le professeur Klar, [TRADUCTION] « [l]’existence d’un lien de proximité dépen[d] de la nature de la relation entre les parties, [qui] en retour dict[e] le type de préjudice susceptible de découler de cette relation et, partant, les pertes pouvant être considérées comme étant raisonnablement prévisibles » (p. 242). Nous sommes d’accord : dans *toute* allégation, y compris celles relatives au caractère dangereux de marchandises ou de structures, les considérations étayant une conclusion selon laquelle il existe un lien de proximité limitent également le type de préjudice dont on peut raisonnablement prévoir qu’il découlera de la négligence du défendeur. (Ce qui fait que, dans la présente affaire, l’analyse de la prévisibilité est inutile puisque, comme nous allons l’expliquer, l’appelante ne peut démontrer qu’il existe un lien de proximité entre elle et Aliments Maple Leaf.)

[63] L’examen du lien de proximité appelle à se demander si, compte tenu de la nature de la relation en cause (*Livent*, par. 25), le lien entre les parties est à ce point « étroit et direct » qu’il serait, « vu ce lien, [. . .] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence » (*Livent*, par. 25, citant *Cooper*, par. 32 et 34). Cet examen comporte deux étapes.

[64] Premièrement, le tribunal doit se demander si le lien de proximité peut être établi en fonction d’une catégorie établie ou analogue de lien de proximité (*Livent*, par. 26-28). C’est la question qui se pose en premier parce que « [s]i un rapport relève d’une catégorie déjà établie, ou s’il s’agit d’un rapport analogue, l’existence du lien étroit et direct requis est établie » (*Livent*, par. 26). Les catégories analogues de lien de proximité s’inscrivent dans un courant antérieur et continu d’évolution jurisprudentielle. Elles sont, autrement dit, précisément ce que leur nom indique : *analogues*, c’est-à-dire qu’elles sont *comme* une catégorie établie, mais que leur portée est différente. Appliquer une catégorie établie de lien de proximité pour en reconnaître une autre n’est qu’un exemple de raisonnement par induction propre à l’élaboration de la common law où une obligation reconnue dans une série d’affaires est appliquée à une série d’affaires similaires.

[65] In determining whether proximity can be established on the basis of an existing or analogous category, “a court should be attentive to the particular factors which justified recognizing that prior category in order to determine whether the relationship at issue is, in fact, truly the same as or analogous to that which was previously recognized” (*Livent*, at para. 28). This is because, as between parties to a relationship, some acts or omissions might amount to a breach of duty, while other acts or omissions within that same relationship will not. Merely because particular factors will support a finding of proximity and recognition of a duty within one aspect of a relationship and for one purpose to compensate for one kind of loss does not mean a duty will apply to all aspects of that relationship and for all purposes and to compensate for all forms of loss. While, therefore, proximity may inhere between two parties at large, it may inhere only for particular purposes or for particular actions; whether it is one or the other, and (if the other) for which purposes and which actions, will depend, as we have already recounted, upon the nature of the particular relationship at issue (*Livent*, at para. 27) or the type of pure economic loss alleged. Ultimately, then, to ground an analogous duty, the case authorities relied upon by the appellant must be shown to arise from an analogous relationship and analogous circumstances (*ibid.*).

[66] Secondly, if the court determines that proximity cannot be based on an established or analogous category of proximate relationship, then it must conduct a full proximity analysis (*Livent*, at para. 29). In making this assessment, courts must examine all relevant factors present in the relationship between the plaintiff and the defendant — which, while “diverse and depend[ent] on the circumstances of each case” (*Livent*, at para. 29), include “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*Cooper*, at para. 34).

[65] Pour déterminer si un lien de proximité peut être établi sur le fondement d’une catégorie existante ou analogue, « le tribunal doit être attentif aux facteurs particuliers qui ont permis d’établir cette catégorie pour déterminer si la relation en cause est en fait vraiment la même que celle établie auparavant ou si elle est analogue » (*Livent*, par. 28). Cela s’explique par le fait qu’entre parties à une relation, certains actes ou omissions peuvent constituer un manquement à une obligation, alors que d’autres actes ou omissions entre parties à la même relation n’en constitueront pas un. Ce n’est pas simplement parce que certains facteurs particuliers permettront de conclure à l’existence d’un lien de proximité et de reconnaître une obligation quant à un aspect de la relation et à une fin donnée de manière à permettre d’indemniser un type de perte qu’il y aura obligation quant à tous les aspects de cette relation et à toutes les fins, et qu’il sera possible d’indemniser toutes les formes de perte. Ainsi, il se peut qu’un lien de proximité existe entre deux parties en général, mais il se peut aussi que ce lien n’existe qu’à des fins particulières ou relativement à des actes en particulier; la réponse à la question de savoir si c’est l’un ou l’autre cas, et (si c’est l’autre) à quelles fins et relativement à quels actes ce lien existe, dépendra, comme nous l’avons déjà dit, de la nature de la relation particulière en cause (*Livent*, par. 27) ou du type de perte purement financière alléguée. En fin de compte, pour justifier l’existence d’une obligation analogue, il faut donc démontrer que les décisions invoquées par l’appelante découlent d’une relation analogue et de circonstances analogues (*ibid.*).

[66] Deuxièmement, si le tribunal détermine que le lien de proximité ne peut reposer sur une catégorie établie ou analogue de lien de proximité, il doit alors procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité (*Livent*, par. 29). Dans le cadre de cette appréciation, les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents présents dans la relation entre le demandeur et le défendeur — facteurs qui, bien qu’ils soient « variés et qu’ils dépendent des circonstances de l’affaire » (*Livent*, par. 29), sont composés « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » (*Cooper*, par. 34).

[67] In a case of negligent supply of shoddy goods or structures, the claim may arise in circumstances in which the parties could have protected their interests under contract. Even without being in privity of contract, the parties may nonetheless be “linked by way of contracts with a middle party”, as Maple Leaf Foods and the Mr. Sub franchisees are linked by way of contracts with Mr. Sub (Stapleton, at p. 287). This is particularly the case in commercial transactions (as opposed to consumer purchases: *Arora v. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113, at para. 106). Taken together, those contracts may reflect a “clear tripartite understanding of where the risk is to lie” (Stapleton, at p. 287). We see this consideration as crucial here when considering the “expectations [and] other interests involved” that must be accounted for in analysing the nature of the relationship (*Cooper*, at para. 34).

[68] Given the possibility of an existing allocation of risk by contract, a proximity analysis must account for two concerns. First, the reasonable availability of adequate contractual protection within a commercial relationship, even a multipartite relationship, from the risk of loss is an “eminently sensible anti-circumvention argument” that militates strongly against the recognition of a duty of care (Stapleton, at p. 287; see also p. 286). As La Forest J., dissenting, recognized in *Norsk*, at p. 1116, “the plaintiff’s ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis”. For example, a plaintiff may have been able to anticipate risk and remove, confine, minimize or otherwise address it by way of a contractual term (Linden et al., at §9.87). We agree with Professor Stapleton that the boundaries of tort liability should respect that “the principal alternative paths of protection which are theoretically available . . . are by way of contracts made directly with th[e] responsible party or indirectly with a middle party” (p. 271 (emphasis added)).

[67] En cas de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité, la réclamation peut être présentée dans des circonstances où les parties auraient pu protéger leurs intérêts par contrat. Même sans être liées par contrat, les parties peuvent néanmoins [TRADUCTION] « être liées par contrats à une partie intermédiaire », tout comme Maple Leaf et les franchisés de Mr. Sub sont liés par contrats à Mr. Sub (Stapleton, p. 287). C’est le cas en particulier pour les opérations commerciales (contrairement aux achats de consommation : *Arora c. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, 118 O.R. (3d) 113, par. 106). Considérés ensemble, ces contrats peuvent refléter une « entente tripartite claire quant aux risques encourus » (Stapleton, p. 287). Cette considération est selon nous cruciale en l’espèce eu égard aux « attentes [et] autres intérêts en jeu » dont il faut tenir compte dans l’analyse de la nature de la relation (*Cooper*, par. 34).

[68] Vu qu’il existe peut-être une répartition du risque établie par contrat, l’analyse du lien de proximité doit prendre en compte deux considérations. Premièrement, le fait de pouvoir raisonnablement avoir accès à une protection contractuelle adéquate contre le risque de perte dans le cadre d’une relation commerciale, même d’une relation multipartite, est un [TRADUCTION] « argument anticourtournement éminemment sensé » qui milite fortement contre la reconnaissance d’une obligation de diligence (Stapleton, p. 287; voir aussi p. 286). Comme le juge La Forest, dissident, l’a reconnu dans *Norsk*, p. 1116, « la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d’y parer est un facteur clé dans l’analyse du lien étroit ». Par exemple, le demandeur aurait pu être en mesure d’anticiper le risque et de l’éliminer, le limiter, le minimiser ou autrement y parer par une clause contractuelle (Linden et autres, §9.87). Nous sommes d’accord avec la professeure Stapleton pour dire que les limites de la responsabilité délictuelle devraient respecter le fait que « les principaux autres moyens de protection qui sont en théorie disponibles [. . .] sont les contrats conclus directement avec [la] partie responsable ou indirectement avec une partie intermédiaire » (p. 271 (nous soulignons)).

[69] This Court recognized as much in *Design Services*, where the defendant had launched a design-build tendering process for the construction of a building. The plaintiff subcontractors and the defendant were not in privity of contract, but each were linked to the other through a bid submitted by Olympic Construction Ltd., a prime contractor. Olympic's bid was unsuccessful, and the subcontractors sued alleging, *inter alia*, that they were in a relationship of proximity with the defendant and were owed a duty of care originating by reason of the defendant's "Contract A" obligations to Olympic that arose at the tendering stage.

[70] For this Court, Rothstein J. declined to impose a duty of care, because the plaintiffs could have arranged their affairs so as to submit a joint bid with Olympic (thereby making them a party to "Contract A" and entitling them to sue the defendant in contract for irregularities in the tendering process), yet had chosen not to do so. He considered that the plaintiffs' voluntary choice to forego this contractual protection was an "overriding" proximity factor that was fatal to the claim (paras. 54-56). Thus courts will not lightly impose a duty in tort to insure against pure economic loss, in circumstances where the parties could have but chose not to provide for such insurance in contract.

[71] The second concern is related to the first. If the *possibility* of reasonably addressing risk through a contractual term, even within a chain of contracts, presents a compelling argument against allowing a plaintiff to circumvent a contractual arrangement by seeking recognition of a duty of care in tort law, it follows that where the parties *have done so*, this consideration weighs even more heavily against such recognition. As Professor Stapleton explains, this particular anti-circumvention argument arises "not only [where] alternative protection by way of an arrangement with [the middle] party [was] available,

[69] La Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Design Services*, où la défenderesse avait lancé un appel d'offres de type conception-construction pour la construction d'un immeuble. Les sous-traitantes demanderesse et la défenderesse n'étaient pas liées contractuellement, mais chacune d'elles était liée à l'autre par la soumission présentée par Olympic Construction Ltd., un entrepreneur principal. La soumission d'Olympic n'a pas été retenue et les sous-traitantes ont intenté une poursuite, alléguant entre autres qu'elles avaient un lien de proximité avec la défenderesse et que cette dernière avait envers elles une obligation de diligence découlant des obligations que la défenderesse avait envers Olympic en vertu du « contrat A » et qui ont pris naissance à l'étape de l'appel d'offres.

[70] S'exprimant au nom de la Cour, le juge Rothstein a refusé d'imposer une obligation de diligence parce que les demanderesse auraient pu organiser leurs affaires pour présenter une soumission conjointe avec Olympic (ce qui aurait fait d'elles une partie au « contrat A » et les aurait autorisées à poursuivre la défenderesse en responsabilité contractuelle pour des irrégularités dans le processus d'appel d'offres), mais qu'elles avaient décidé de ne pas le faire. Selon lui, le fait que les demanderesse aient décidé volontairement de renoncer à cette protection contractuelle était un facteur « prédominant » dans l'analyse du lien de proximité, lequel portait un coup fatal à la demande (par. 54-56). En conséquence, les tribunaux n'imposeront pas à la légère une obligation en matière délictuelle de se protéger contre les pertes purement financières dans des circonstances où les parties auraient pu prévoir une telle protection dans le contrat, mais ont décidé de ne pas le faire.

[71] La deuxième considération est liée à la première. Si la *possibilité* de parer raisonnablement à un risque au moyen d'une clause contractuelle, même dans le cadre d'une chaîne de contrats, est un argument convaincant qui milite contre l'idée de permettre au demandeur de contourner une entente contractuelle en cherchant à faire reconnaître une obligation de diligence en matière délictuelle, il s'ensuit que, lorsque les parties *le font*, ce facteur pèse encore plus lourdement contre une telle reconnaissance. Comme l'explique la professeure Stapleton, cet argument anticcontournement particulier joue

but was obtained” (Stapleton, at p. 287 (emphasis added)). Again, this Court’s decision in *Design Services* is instructive:

In my view, the observation of Professor Lewis N. Klar (*Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 201) — that the ordering of commercial relationships is usually in the bailiwick of the law of contract — is particularly apt in this type of case. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law into the realm of contract. [Emphasis added; para. 56.]

[72] All this is not to say that contractual silence on a matter will automatically foreclose the imposition of a duty of care. Contractual silence on certain matters is inevitable, since it is impractical for even the most sophisticated parties to bargain about every foreseeable risk (Stapleton, at p. 287). Our point, rather, is that, in the case of defective goods and structures, commercial parties between or among whom the product is transferred before it reaches the consumer will have had a chance to allocate risk and order their relationship *via* contract. And in assessing the proximity of relations among those parties — that is, in evaluating “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” — courts must be careful not to disrupt the allocations of risk reflected, even if only implicitly, in relevant contractual arrangements.

[73] In sum, under the *Anns/Cooper* framework and its rigorous proximity analysis, the determination of whether a claim of negligent supply of shoddy goods or structures is supported by a duty of care between the plaintiff and the defendant requires consideration of “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved”, as well as any other considerations going to whether it would be “just and fair”, having regard to the relationship

[TRADUCTION] « non seulement s’il était possible d’être autrement protégé par la conclusion d’une entente avec [la partie intermédiaire], mais aussi si cette protection a été obtenue » (Stapleton, p. 287 (nous soulignons)). Encore une fois, l’arrêt de notre Cour dans l’affaire *Design Services* est instructif :

À mon avis, la remarque du professeur Lewis N. Klar (*Tort Law* (3^e éd. 2003), p. 201) — selon laquelle la régulation des relations commerciales relève normalement du droit des contrats — est particulièrement pertinente dans ce genre d’affaire. Conclure qu’une action en responsabilité délictuelle est le recours approprié lorsque des parties commerciales ont volontairement organisé leurs affaires par contrat reviendrait à permettre un empiétement injustifié du droit de la responsabilité délictuelle sur le droit des contrats. [Nous soulignons; par. 56.]

[72] Tout cela ne revient pas à dire que le silence du contrat sur une question empêchera automatiquement l’imposition d’une obligation de diligence. Le silence contractuel sur certaines questions est inévitable, car il est irréaliste même pour les parties les plus averties de s’entendre à propos de tous les risques prévisibles (Stapleton, p. 287). Nous soutenons plutôt que, dans le cas de marchandises et de structures comportant un vice, les parties commerciales entre lesquelles le produit est transféré avant de parvenir au consommateur auront eu l’occasion de répartir le risque et de régler les détails de leur relation *par* contrat. De plus, en appréciant la proximité des relations entre ces parties — c’est-à-dire en procédant à l’évaluation « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » —, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas perturber la répartition du risque reflété, même si ce n’est que de façon implicite, dans les ententes contractuelles pertinentes.

[73] En somme, selon le cadre des arrêts *Anns* et *Cooper* et son analyse rigoureuse du lien de proximité, pour déterminer si une allégation de fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité prend appui sur une obligation de diligence entre le demandeur et le défendeur, il faut tenir compte « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » ainsi que de tout autre facteur permettant

between the parties, to impose a duty of care. In particular, where the parties are linked by way of contracts with a middle party that, taken together, reflect a multipartite allocation of risk, courts must be cautious about allowing parties to circumvent that allocation by way of tort claims. Courts must ask: is a party using tort law so as to circumvent the strictures of a contractual arrangement? *Could* the parties have addressed risk through a contractual term? And, *did* they? In our view, and as we will explain, these considerations loom large here.

(ii) Application

[74] As indicated in our review of *Livent*, the question of whether the parties were in a proximate relationship follows a two-step analysis. Accordingly, we first address the appellant’s arguments regarding an analogous category of proximity.

1. *Analogous Category of Proximity*

[75] The appellant argues that appellate and trial level case law support recognition of a duty of care owed by Maple Leaf Foods to Mr. Sub franchisees “for economic losses arising out of negligent manufacture and supply of a dangerous product” — a duty that, as we have already explained, is grounded in the liability rule recognized in *Winnipeg Condominium* (A.F., at para. 51; see also para. 79). To establish that this duty is owed in its case, the appellant argues that the relationships of proximity recognized in those authorities — in particular, *Plas-Tex*, *Tanshaw* and *Country Style* — “are analogous to [the relationship between Maple Leaf Foods and] the franchisees” (A.F., at para. 51).

de déterminer s’il serait « juste et équitable », eu égard à la relation entre les parties, d’imposer une obligation de diligence. En particulier, si les parties sont liées à une partie intermédiaire par des contrats qui, considérés ensemble, indiquent qu’il y a une répartition multipartite du risque, les tribunaux doivent se montrer prudents avant de permettre aux parties de contourner cette répartition par des réclamations en responsabilité délictuelle. Ils doivent se poser la question suivante : une partie recourt-elle au droit de la responsabilité délictuelle pour contourner les restrictions imposées par une entente contractuelle? Les parties *auraient-elles pu* parer au risque au moyen d’une clause contractuelle? Et, *l’ont-elles fait*? À notre avis, et comme nous allons l’expliquer, ces considérations revêtent une grande importance en l’espèce.

(ii) Application

[74] Comme nous l’avons indiqué dans notre examen de l’arrêt *Livent*, pour répondre à la question de savoir s’il y avait un lien de proximité entre les parties, il faut procéder à une analyse à deux volets. Par conséquent, nous traiterons tout d’abord des arguments de l’appelante concernant la catégorie analogue de lien de proximité.

1. *Catégorie analogue de lien de proximité*

[75] L’appelante soutient que des décisions d’appel et de première instance appuient la reconnaissance d’une obligation de diligence qu’aurait Aliments Maple Leaf envers les franchisés de Mr. Sub [TRANSDUCTION] « pour les pertes financières découlant de la fabrication et de la fourniture négligentes d’un produit dangereux » — une obligation qui, comme nous l’avons déjà expliqué, est fondée sur la règle de responsabilité reconnue dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* (m.a., par. 51; voir aussi par. 79). Pour établir l’existence de cette obligation en l’espèce, l’appelante fait valoir que les liens de proximité qui ont été reconnus dans ces décisions — en particulier *Plas-Tex*, *Tanshaw* et *Country Style* — « sont analogues [au lien qui existe entre Aliments Maple Leaf] et les franchisés » (m.a., par. 51).

[76] In *Plas-Tex*, as already recounted, dangerously defective resin was knowingly supplied by the defendant to the plaintiffs. The pipes exploded, necessitating repairs and causing the plaintiff to suffer significant business losses. The Court of Appeal of Alberta held that Dow owed a duty “to take reasonable care not to manufacture and distribute a product that is dangerous” (*Plas-Tex*, at para. 90).

[77] This is not analogous to the basis for the duty which the appellant says was owed by Maple Leaf Foods to Mr. Sub franchisees. The post-delivery circumstances of *Plas-Tex* are entirely different than the circumstances of the appellant’s claim of interrupted supply. Specifically, the defect in the resin created actual physical damage, such that the resulting economic losses were not, as a matter of law, pure economic loss but consequential economic loss. Finally, and most significantly, the resin was not intended for human consumption — a central plank in the appellant’s posited analogous category.

[78] Nor is *Tanshaw* of assistance to the appellant. There, the “Back Alley” night club, owned by the plaintiff numbered company, held a “foam party”, an event at which bubbles were dispersed onto the dancefloor so that patrons could dance in the foam. When an altered chemical composition of the product used by the manufacturer Tanshaw to produce the foam resulted in some patrons suffering physical injury, the nightclub owner successfully sued Tanshaw and others for, *inter alia*, negligence.

[79] As in *Plas-Tex*, the fact that a dangerous product was actually supplied and that it caused physical injury, albeit to third parties, tends to undermine the appellant’s position that this case is analogous.

[80] Further, and in our respectful view, the trial judge in *Tanshaw* erred in her conclusion that the manufacturer owed a duty of care to the nightclub, or

[76] Rappelons que dans l’affaire *Plas-Tex*, la défenderesse a sciemment fourni de la résine dangereuse aux demanderesse. Les tuyaux ont explosé de sorte qu’il a fallu les réparer et que ces dernières ont subi d’importantes pertes d’entreprise. La Cour d’appel de l’Alberta a conclu que Dow avait l’obligation [TRADUCTION] « de faire preuve de diligence raisonnable afin de ne pas fabriquer et distribuer un produit dangereux » (*Plas-Tex*, par. 90).

[77] Il ne s’agit pas d’un fondement analogue à celui sur lequel repose l’obligation à laquelle, selon l’appelante, était tenue Aliments Maple Leaf envers les franchisés de Mr. Sub. Les circonstances postérieures à la livraison dans *Plas-Tex* sont tout à fait différentes de celles dans lesquelles l’appelante prétend que l’approvisionnement a été interrompu. Plus particulièrement, le vice dans la résine a causé un véritable dommage matériel, de sorte que la perte financière en résultant n’était pas, en droit, une perte purement financière, mais une perte financière indirecte. Enfin, et surtout, la résine n’était pas destinée à la consommation humaine — un élément central de la catégorie analogue que l’appelante a fait valoir.

[78] La décision *Tanshaw* n’est pas non plus utile à l’appelante. Dans cette affaire, la boîte de nuit « Back Alley », qui appartenait à la société à numéro demanderesse, avait organisé une « soirée mousse », un événement où des bulles avaient été dispersées sur la piste de danse afin que les clients puissent danser dans la mousse. Lorsque certains clients ont subi un préjudice corporel en raison d’une modification dans la composition chimique du produit utilisé par la fabricante Tanshaw pour produire la mousse, la propriétaire de la boîte de nuit a poursuivi avec succès Tanshaw et d’autres parties, entre autres pour négligence.

[79] Comme dans *Plas-Tex*, le fait qu’un produit dangereux ait effectivement été fourni et qu’il ait causé un préjudice corporel, quoiqu’à des tiers, tend à miner la thèse de l’appelante quant au caractère analogue de la présente affaire.

[80] De plus, à notre humble avis, la juge de première instance dans *Tanshaw* a commis une erreur en concluant que la fabricante avait une obligation de

at least in relying upon the basis she identified for doing so. Correctly noting that *Donoghue v. Stevenson* stands for the proposition that “the manufacturer or distributor of a product that is defective or unfit for its intended use and the end user of the product is a relationship of sufficient proximity to found a duty of care”, she then held that it followed that Tanshaw was under an obligation to be “mindful of the interests of the Back Alley and its patrons” and therefore stood in sufficient proximity to *both* “the Back Alley and its patrons” and owed a “duty of care to the Back Alley and its patrons” (para. 148 (emphasis added)).

[81] The liability rule in *Donoghue v. Stevenson*, however, governs the relationship between manufacturers and the ultimate consumer who is physically injured by the manufacturer’s negligence; it does not speak to whether a manufacturer owes a duty to an intermediary for economic losses, even where those losses are alleged to arise from that same act of negligence. We say, again respectfully, that the trial judge erred by failing to conduct separate analyses of each duty alleged in that case — that is, the duty owed to the patrons, and the duty owed to the night-club. As we have stressed at para. 66, determining whether proximity is established requires examining all relevant factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant — which examination may entail highly case-specific factors including expectations, representations, reliance and other considerations. In failing to do so with respect to the specific relationship between Tanshaw and the night club, the trial judge effectively bootstrapped Tanshaw’s liability *to the night club* to the duty which Tanshaw owed *to the patrons*.

[82] Finally, *Country Style* is a case concerning misrepresentations made by a landlord about a commercial space leased by the franchisor who in

diligence envers la boîte de nuit, ou à tout le moins en s’appuyant sur les motifs qu’elle a exposés pour conclure ainsi. Après avoir souligné à juste titre que l’arrêt *Donoghue c. Stevenson* appuie la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « le lien de proximité entre le fabricant ou le distributeur d’un produit qui est défectueux ou qui ne convient pas à l’usage auquel il est destiné, et l’utilisateur final du produit, est suffisant pour permettre de conclure à l’existence d’une obligation de diligence », elle a conclu qu’il s’ensuivait que Tanshaw avait l’obligation de « tenir compte des intérêts de Back Alley et de ses clients », que l’entreprise avait donc un lien de proximité suffisant *tant avec* « Back Alley qu’avec ses clients » et qu’elle était tenue « à une obligation de diligence à l’égard de Back Alley et de ses clients » (par. 148 (nous soulignons)).

[81] La règle de responsabilité énoncée dans l’arrêt *Donoghue c. Stevenson* régit cependant la relation entre le fabricant et le consommateur ultime qui a subi un préjudice corporel à cause de la négligence du fabricant; elle ne permet pas de savoir si un fabricant a une obligation envers un intermédiaire pour les pertes financières subies, même s’il est allégué que ces pertes découlent du même acte de négligence. Soit dit en tout respect, encore une fois, la juge de première instance a commis une erreur en ne procédant pas à une analyse distincte de chacune des obligations alléguées dans cette affaire — c’est-à-dire l’obligation envers les clients et l’obligation envers la boîte de nuit. Comme nous l’avons souligné au par. 66, pour déterminer si un lien de proximité est établi, il faut examiner tous les facteurs pertinents découlant de la relation entre le demandeur et le défendeur — ce qui peut supposer l’examen de facteurs particulièrement propres au dossier, notamment les attentes, les déclarations, la confiance et d’autres considérations. En ne procédant pas à cet examen en ce qui a trait au lien particulier existant entre Tanshaw et la boîte de nuit, la juge de première instance a en fait greffé la responsabilité de Tanshaw *envers la boîte de nuit* à l’obligation à laquelle Tanshaw était tenue *envers les clients*.

[82] Enfin, l’affaire *Country Style* concerne des déclarations inexactes faites par une locatrice au sujet d’un espace commercial loué par la franchiseuse qui

turn leased to the plaintiff franchisee in anticipation of using the space to house a donut franchise. The landlord held out that it would build according to a specific site plan and then proceeded to make changes to the plan. The imposition of liability by the Court of Appeal for Ontario on the landlord was simply in conformity with this Court's decisions in *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, *Hercules and Kamloops v. Nielson*, [1984] 2 S.C.R. 2. It has nothing to do with, and is not remotely analogous to, the duty of care posited here to provide products fit for human consumption.

[83] Having concluded that proximity cannot be established by reference to a recognized category of proximate relationship, we must now conduct a full proximity analysis.

2. Full Proximity Analysis

[84] It follows — not only from *Cooper's* emphasis upon proximity as a distinct inquiry from foreseeability, but also from *Livent's* direction that proximity is to be assessed by examining the nature of the relationship itself — that the defendant's ability to reasonably foresee injury to a plaintiff is insufficient to ground a finding of proximity. We stress this, in view of the appellant's submissions on proximity. In describing Maple Leaf Foods' "proximate relationship with [Mr. Sub] franchisees" (A.F., at p. 8), it points to Maple Leaf Foods' knowledge, *inter alia*, that the franchisees "were prohibited from procuring RTE meats from another supplier because of the exclusive supplier arrangement"; of the importance of product supply to the franchisees' operations; and of the losses that would flow from an interruption of supply, including goodwill, reputation, sales and profits (A.F., at para. 21). Such knowledge would be unsurprising, given the particulars the appellant alleges of direct communications between Maple Leaf Foods and the franchisees to support their operations. For example, Maple Leaf Foods operated a dedicated toll free hotline available to the franchisees, and dispatched representatives to discuss with franchisees any concerns with its product (A.F., at para. 22). The appellant also points to evidence that Maple Leaf

a pour sa part loué celui-ci à la demanderesse franchisee en vue d'y établir une franchise de beignes. La locatrice avait laissé entendre que la construction se ferait selon un plan d'emplacement précis auquel elle a par la suite apporté des modifications. La responsabilité imposée par la Cour d'appel de l'Ontario à la locatrice était tout simplement conforme aux arrêts rendus par notre Cour dans *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, *Hercules et Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Elle n'avait rien à voir avec l'obligation de diligence invoquée en l'espèce, selon laquelle les produits fournis devaient être propres à la consommation humaine, ni rien d'analogue à cette obligation.

[83] Ayant conclu qu'un lien de proximité ne peut être établi en fonction d'une catégorie reconnue de lien de proximité, nous devons maintenant procéder à une analyse exhaustive à cet égard.

2. Analyse exhaustive du lien de proximité

[84] Il découle — non seulement de l'importance que l'arrêt *Cooper* accorde au lien de proximité en tant qu'examen distinct de celui de la prévisibilité, mais aussi de l'orientation donnée dans l'arrêt *Livent* selon laquelle le lien de proximité doit être apprécié en fonction de la nature de la relation elle-même — que la capacité du défendeur de prévoir raisonnablement le préjudice qui sera causé au demandeur ne suffit pas pour conclure à l'existence d'un lien de proximité. Nous insistons sur ce point, étant donné les observations présentées par l'appelante sur le lien de proximité. Lorsqu'elle décrit le [TRANSDUCTION] « lien de proximité d'Aliments Maple Leaf avec les franchisés [de Mr. Sub] » (m.a., p. 8), elle souligne qu'Aliments Maple Leaf savait, entre autres, qu'« en raison de l'entente d'approvisionnement exclusif, il était interdit aux franchisés de se procurer des viandes PAM auprès d'un autre fournisseur », que l'approvisionnement jouait un rôle important dans les activités des franchisés et qu'une interruption de l'approvisionnement occasionnerait des pertes, notamment quant à l'achalandage, à la réputation, aux ventes et aux profits (m.a., par. 21). Le fait qu'Aliments Maple Leaf en ait su autant n'est pas surprenant, compte tenu des précisions fournies par l'appelante au sujet des communications

Foods not only *could* have foreseen, but *did* foresee the detrimental impact of its voluntary recall of RTE meats and “took direct measures to assist [the franchisees]” (A.F., at para. 23).

[85] To the extent that these considerations are possibly relevant to the duty analysis, they go not to proximity, but to reasonable foreseeability of injury. But even when they are so considered, it bears recalling that, in *Livent*, this Court clarified that an injury or loss will be considered to be “reasonably foreseeable” only where it falls within the *scope* of a proximate relationship between the parties (*Livent*, at para. 34; see also Klar, at p. 242). This was, the Court explained, the effect of *Cooper* at its restoration of proximity to the duty analysis. *Cooper* “signalled a shift from the *Anns* test, which had grounded the recognition of a *prima facie* duty upon mere foreseeability of injury” (*Livent*, at para. 23 (emphasis added)). Henceforward, it would no longer be sufficient for the appellant to point to evidence that tends to show that Maple Leaf Foods could have *merely foreseen* the economic loss sustained by Mr. Sub franchisees, or even that Maple Leaf Foods’ representatives supported Mr. Sub in its operations, whether before or after the voluntary recall. The scope of reasonable foreseeability is “far narrower” than that: “[w]hat the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence depends upon the characteristics of his or her relationship with the plaintiff” (*Livent*, at paras. 24 and 36). Regard must therefore be had to whether they were in a *proximate* relationship. And deciding that requires examining and accounting for *the nature* of that relationship, which informs the types of injury that could be reasonably foreseen. In our view, the pure economic losses the appellant seeks to recover do not fall within the scope of a proximate relationship and cannot be considered a

directes qu’il y aurait eu entre Aliments Maple Leaf et les franchisés au soutien de leurs activités. À titre d’exemple, Aliments Maple Leaf assurait un service d’assistance téléphonique sans frais à l’intention des franchisés et envoyait des représentants pour que ceux-ci puissent discuter avec les franchisés de toute préoccupation qu’ils pouvaient avoir au sujet de son produit (m.a., par. 22). L’appelante fait aussi état d’éléments de preuve établissant non seulement qu’Aliments Maple Leaf *aurait pu* prévoir, mais *avait effectivement* prévu l’effet préjudiciable de son rappel volontaire de viandes PAM et qu’elle avait « pris des mesures directes pour aider [les franchisés] » (m.a., par. 23).

[85] Dans la mesure où elles sont peut-être pertinentes pour l’analyse de l’obligation de diligence, ces considérations ont trait non pas au lien de proximité, mais à la prévisibilité raisonnable du préjudice. Cependant, même lorsqu’elles sont considérées ainsi, il importe de rappeler que, dans *Livent*, notre Cour a précisé qu’un préjudice ou une perte ne sera considéré « raisonnablement prévisible » que si ce préjudice ou cette perte entre dans le *cadre* d’un lien de proximité entre les parties (*Livent*, par. 34; voir aussi Klar, p. 242). La Cour a expliqué qu’il s’agissait là de l’effet de l’arrêt *Cooper* lorsqu’il a rétabli le lien de proximité dans l’analyse de l’obligation de diligence. L’arrêt *Cooper* « s’est [. . .] éloigné[e] du critère de l’arrêt *Anns*, qui avait fondé la reconnaissance d’une obligation *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice » (*Livent*, par. 23 (nous soulignons)). Désormais, il ne suffirait plus pour l’appelante de faire ressortir des éléments de preuve tendant à démontrer qu’Aliments Maple Leaf aurait pu *simplement prévoir* la perte financière subie par les franchisés de Mr. Sub, ou même que les représentants d’Aliments Maple Leaf appuyaient Mr. Sub dans ses activités, que ce soit avant ou après le rappel volontaire. La prévisibilité raisonnable est « beaucoup plus restreinte » que cela : « [L]es conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s’attendre en raison de sa négligence dépendent des caractéristiques de ses liens avec le demandeur » (*Livent*, par. 24 et 36). Il faut donc se demander s’il y avait entre eux un lien de *proximité*. Et pour se prononcer sur cette question, il faut examiner et prendre en considération *la nature* de ce lien, qui sert

reasonably foreseeable consequence of Maple Leaf Foods' alleged negligence in supplying potentially contaminated RTE meats.

[86] Here, then, we recall that the appellant is a corporation that entered into a franchise agreement with Mr. Sub, which in turn was party to an exclusive supply agreement with Maple Leaf Foods. Taken together, these agreements required the appellant, and all Mr. Sub franchisees, to purchase *only* such RTE meats as were manufactured by Maple Leaf Foods. The relevant terms of the franchise agreement state:

6.2 Authorized Products and Services

The Franchisee acknowledges that it is in the interest of the Franchisee, the Franchisor and all other Mr. Sub Restaurant Franchisees that the uniform standards, methods, procedures, techniques and specifications of the System be fully adhered to by the Franchisee. Accordingly, the Franchisee shall offer for sale from the Premises only such Products and Services as may be authorized from time to time in writing by Franchisor in the Manual or otherwise.

The Franchisee further agrees to purchase or lease, as applicable, all Products, Ingredients, Equipment, Supplies and other items exclusively from the Franchisor or from sources or suppliers approved or designated in writing by the Franchisor (which sources or suppliers may include Affiliates of the Franchisor) at prices and charges, and upon the terms and conditions of sale in effect at the date of shipment, plus taxes and reasonable shipping and transportation charges. The Franchisor will not be liable for any direct or indirect loss or damage due to any delay in delivery, or inaccurate or incomplete shipments.

6.4 Group Purchasing and Rebates

The Franchisee shall have the right to participate, on the same basis as other Mr. Sub Restaurant franchisees, in any group purchasing programs for Products, Ingredients,

à déterminer les types de préjudice qui pouvaient raisonnablement être prévus. À notre avis, les pertes purement financières dont l'appelante cherche à être indemnisée n'entrent pas dans le cadre d'un lien de proximité et ne peuvent être considérées comme une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence dont aurait fait preuve Aliments Maple Leaf en fournissant des viandes PAM susceptibles d'être contaminées.

[86] En l'espèce, donc, rappelons-nous que l'appelante est une société qui a conclu un contrat de franchisage avec Mr. Sub, qui, pour sa part, était partie à un contrat d'approvisionnement exclusif avec Aliments Maple Leaf. Ensemble, ces contrats exigeaient de l'appelante et de tous les franchisés de Mr. Sub qu'ils achètent *uniquement* les viandes PAM fabriquées par Aliments Maple Leaf. Les clauses pertinentes du contrat de franchisage sont les suivantes :

[TRADUCTION]

6.2 Produits et services autorisés

Le franchisé reconnaît qu'il est dans l'intérêt du franchisé, du franchiseur et de tous les autres franchisés de Mr. Sub Restaurant qu'il adhère pleinement aux normes, méthodes, procédures, techniques et spécifications uniformes du système. Par conséquent, le franchisé n'offrira en vente, sur les lieux, que les produits et services autorisés par écrit par le franchiseur dans le manuel ou autrement.

Le franchisé consent en outre à acheter ou à louer, le cas échéant, tous les produits, ingrédients, équipement, fournitures et autres articles, exclusivement du franchiseur ou de sources ou fournisseurs approuvés ou désignés par écrit par le franchiseur (notamment des sociétés affiliées du franchiseur) aux prix et frais et aux conditions générales de vente qui sont en vigueur à la date d'expédition, plus taxes et frais raisonnables d'envoi et de transport. Le franchiseur ne sera pas responsable de toute perte ou de tout dommage découlant directement ou indirectement d'un retard de livraison ou d'une livraison inexacte ou incomplète.

6.4 Achats de groupe et rabais

Le franchisé a le droit de participer, au même titre que les autres franchisés de Mr. Sub Restaurant, à tout programme d'achats de groupe concernant des produits, ingrédients,

Equipment, Supplies, services and other items which the Franchisor may from time to time use, develop, sponsor or provide.

In short, franchisees were contractually restricted to using and selling only products authorized by Mr. Sub and supplied exclusively by Mr. Sub or by sources approved by Mr. Sub. As to those sources, the exclusive supply agreement between Maple Leaf Foods and Mr. Sub provided:

Product Listing

MR. SUB agrees to honor the exclusive supplier status of Maple Leaf Foodservice on the 14 core menu items for the 3 year period – January 1, 2006 to December 31, 2008. Maple Leaf Foodservice obligations hereunder shall be dependent upon maintaining the exclusive supply status.

List of Core Menu Items

...

The foregoing Menu items shall be exclusively supplied by Maple Leaf Foodservice.

...

Maple Leaf Foodservice will ensure that Mr. Sub will be offered “best pricing” on any exclusive products. For the purposes hereof “best pricing” shall be determined with reference to third parties acquiring similar goods (including similar quality and mix of goods) in similar quantities, for direct re-sale by them to consumers by means of a fast food format.

...

Continued Superior Customer Services

Maple Leaf Foodservice will continue to provide MR. SUB with the following elements of superior Customer Service:

équipement, fournitures, services et autres articles que le franchiseur peut, à l’occasion, utiliser, développer, commander ou offrir.

Bref, aux termes du contrat, les franchisés ne pouvaient utiliser et vendre que les produits autorisés par Mr. Sub et fournis exclusivement par Mr. Sub ou par des sources approuvées par Mr. Sub. En ce qui concerne ces sources, le contrat d’approvisionnement exclusif intervenu entre Aliments Maple Leaf et Mr. Sub prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Liste des produits

MR. SUB s’engage à respecter le statut de fournisseur exclusif de Service alimentaire Maple Leaf en ce qui concerne les 14 éléments principaux inscrits au menu pendant une période de 3 ans — du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2008. Les obligations de Service alimentaire Maple Leaf aux termes du présent contrat sont conditionnelles au maintien de ce statut de fournisseur exclusif.

Liste des éléments principaux inscrits au menu

...

Les éléments inscrits au menu suivants seront exclusivement fournis par Service alimentaire Maple Leaf

...

Service alimentaire Maple Leaf s’assurera que Mr. Sub bénéficie du « meilleur prix » pour tout produit exclusif. Pour les besoins du présent contrat, le « meilleur prix » sera établi en fonction du prix payé par un tiers qui achète des biens semblables (y compris de qualité semblable et en combinaison avec d’autres biens) en quantités semblables pour les revendre directement aux consommateurs selon une formule de restauration rapide.

...

Service à la clientèle de qualité supérieure continu

Service alimentaire Maple Leaf continuera de fournir à MR. SUB un service à la clientèle de qualité supérieure, dont :

- 1-800 line available to Franchisees on a National scale.
- un accès à un numéro 1-800 offert aux franchisés à l'échelle nationale,
- National Sales representation country wide.
- un service de représentation des ventes nationales dans tout le pays,
- Fast, accurate and timely handling of inquiries regarding product ingredients, handling, storage and quality.
- un traitement rapide, précis et en temps opportun des demandes de renseignements au sujet des ingrédients, de la manutention, de l'entreposage et de la qualité d'un produit,
- Direct Franchisee contact.
- un contact direct avec le franchisé.

[87] Our colleague relies on such terms to support a finding of proximity between Maple Leaf Foods and the Mr. Sub Franchisees (para. 138). But a finding of proximity does not depend on the existence of certain contractual terms that make specific reference to one party or another. In a multipartite commercial relationship such as this, the relevant contractual terms ought to be considered as a whole so as not to defeat the expectations of all parties as to their obligations and entitlements. Here, the Mr. Sub franchisees' relevant obligation to Mr. Sub under the franchise agreement was to purchase product only as it directed, and Maple Leaf Foods' relevant right as against Mr. Sub under the exclusive supply agreement was to be the exclusive supplier of RTE meats. Taken together, this arrangement operated to bind the franchisees to obtain and sell only RTE meats produced by Maple Leaf Foods.

[88] The appellant says that, as a result of the terms of the franchise agreement, it and the other franchisees were "vulnerable" and unable to protect themselves from Maple Leaf Foods' negligence. "In the franchisee-franchisor context governed by a standard form franchise agreement", it argues, it could not protect itself by negotiation, or at least not "on an equal footing" (A.F., at paras. 91-92). While we agree that the franchising agreement worked a "vulnerability" upon the appellant, we do not see its significance as the appellant does. It is this simple: instead of operating as an independent restaurant,

[87] Notre collègue se fonde sur ces clauses pour étayer une conclusion selon laquelle il y avait un lien de proximité entre Aliments Maple Leaf et les franchisés de Mr. Sub (par. 138). Cependant, une telle conclusion ne dépend pas de l'existence de certaines clauses contractuelles faisant expressément référence à une partie ou à une autre. Dans une relation commerciale multipartite telle que celle qui nous occupe, les conditions contractuelles pertinentes devraient être examinées dans leur ensemble de façon à ne pas frustrer les attentes de l'ensemble des parties quant à leurs obligations et droits. En l'espèce, l'obligation pertinente imposée aux franchisés de Mr. Sub à l'égard de Mr. Sub par le contrat de franchisage est celle de n'acheter les produits que conformément aux conditions prescrites, et le droit pertinent que le contrat d'approvisionnement exclusif accorde à Aliments Maple Leaf à l'égard de Mr. Sub est celui d'être le fournisseur exclusif des viandes PAM. Globalement, cette entente a pour effet d'obliger les franchisés à se procurer et à vendre seulement les viandes PAM produites par Aliments Maple Leaf.

[88] L'appelante affirme que les conditions du contrat de franchisage font qu'elle et les autres franchisés étaient [TRADUCTION] « vulnérables » et qu'ils n'étaient pas en mesure de se protéger contre la négligence d'Aliments Maple Leaf. « Dans le contexte de rapports franchisé-franchiseur, régis par un contrat type de franchisage », soutient-elle, elle ne pouvait se protéger en négociant ou à tout le moins pas « sur un pied d'égalité » (m.a., par. 91-92). Bien que nous reconnaissons que le contrat de franchisage a eu pour effet de placer l'appelante dans un « état de vulnérabilité », nous n'accordons

the appellant chose to operate its business through a franchise. In doing so, like any franchisee it secured advantages that it could not have obtained on its own, including the use of the franchisor's trademark (and the benefit of associated goodwill), an established and proven system of operation, training, co-operative advertising and marketing, and — significantly — the benefit of the franchisor's buying power to secure better pricing for supplies. This last benefit is precisely what Mr. Sub franchisees secured under art. 6.4 of the franchise agreement ("Group Purchasing and Rebates"), which provided them with the benefit of Mr. Sub's group purchasing program.

[89] Of course, like any franchisee, the appellant also assumed certain disadvantages by operating through a franchise, all of which are typically necessary to securing the advantages. For example, the success of the system of operations and the benefit of the franchisor's buying power depend upon maintaining a degree — and, depending upon the franchise, sometimes an *exceedingly high* degree — of consistency among all franchisees in all aspects of their operations. Operating systems must be followed, the same suppliers of products must be used, and employees must take the same training. This near-total loss of control by a franchisee over its business operations, including its suppliers, is enforced by another inevitable constraint that comes with entering into a franchise arrangement, which is, in this case, the terms of the franchise agreement which bound the franchisees to those operational systems and supply arrangements. Its terms are not extraordinary; as the appellant says, it is a "standard form franchise agreement". The appellant also says the franchise agreement leaves franchisees "vulnerable" to interruptions in supply caused by the negligence of suppliers, an observation echoed by our colleague (at paras. 147-51). As already indicated, we agree that it does. But this is not a basis for a tort law duty, but rather an unremarkable incident of the franchise model of business in which the franchisees operated.

pas à cette conséquence l'importance que l'appelante lui accorde. C'est simple : plutôt que d'exploiter un restaurant indépendant, l'appelante a décidé de mener ses activités par l'entremise d'une franchise. Ce faisant, comme tout franchisé, elle a obtenu des avantages qu'elle n'aurait pas pu obtenir si elle avait agi seule, notamment les suivants : utiliser la marque de commerce du franchiseur (et bénéficier de l'achalandage associé à cette marque), profiter d'un mode de fonctionnement établi et ayant fait ses preuves, recevoir une formation, faire de la publicité et du marketing coopératifs, et — fait important — bénéficier du pouvoir d'achat du franchiseur pour s'approvisionner à meilleur prix. Ce dernier avantage est précisément celui que les franchisés de Mr. Sub ont obtenu par l'art. 6.4 du contrat de franchiseage ([TRADUCTION] « Achats de groupe et rabais »), qui leur donnait accès au programme d'achats de groupe de Mr. Sub.

[89] Certes, comme tout franchisé, l'appelante a également subi certains inconvénients en exploitant son entreprise par l'entremise d'une franchise, lesquels sont tous généralement nécessaires pour pouvoir obtenir les avantages. Par exemple, le succès du mode de fonctionnement et l'avantage que procure le pouvoir d'achat du franchiseur sont conditionnels au maintien d'un certain degré — et parfois, selon la franchise, d'un degré *extrêmement élevé* — de cohérence parmi l'ensemble des franchisés dans tous les aspects de leurs activités. Les systèmes opérationnels doivent être suivis, il faut recourir aux mêmes fournisseurs de produits et les employés doivent suivre la même formation. Cette perte quasi totale de contrôle des franchisés sur leurs activités, y compris leurs fournisseurs, se concrétise par une autre contrainte qui vient inévitablement avec la conclusion d'une entente de franchiseage, soit, en l'espèce, les conditions du contrat de franchiseage qui assujettissent les franchisés à l'obligation de respecter ces systèmes opérationnels et ces ententes d'approvisionnement. Les conditions du contrat de franchiseage ne sont pas extraordinaires; comme le dit l'appelante, il s'agit d'un « contrat type de franchiseage ». L'appelante affirme aussi que le contrat de franchiseage rend les franchisés [TRADUCTION] « vulnérables » aux ruptures d'approvisionnement résultant de la négligence des fournisseurs, observation

Further, such “vulnerability”, if sufficiently serious, could have been addressed by the appellant obtaining insurance — an option which, as confirmed to us at the hearing of this appeal, was not pursued.

[90] A finding of proximity between Mr. Sub franchisees and Maple Leaf Foods would sit uneasily with this state of affairs, linked as these parties were through Mr. Sub by a chain of contracts that reflected the typical arrangement between franchisee, franchisor and exclusive supplier. The appellant was not a consumer, but a commercial actor whose vulnerability was entirely the product of its choice to enter into that arrangement, and whose choice substantially informed the expectations of that relationship to which the proximity analysis must have regard. To allow the appellant to circumvent the strictures of that contractual relationship by alleging a duty of care in tort in a manner that undermines and even contradicts those strictures (in that the proposed duty would impose an obligation to supply upon Maple Leaf Foods whereas its agreement with Mr. Sub imposed no such obligation) would not only undermine the stability of such arrangements, but also of *the appellant’s* particular arrangement, which was predicated upon an exclusive source of supply.

[91] While this is sufficient for us to conclude that the Mr. Sub franchisees and Maple Leaf Foods were not in a relationship of proximity, a related consideration also furnishes an answer to our colleague’s concern for vulnerability arising from the commercial arrangement linking Maple Leaf Foods, Mr. Sub and its franchisees. As already mentioned, under the terms of the franchise agreement, the appellant and other Mr. Sub franchisees *did* have means, albeit

qu’a également exprimée notre collègue (par. 147-151). Comme nous l’avons déjà dit, nous admettons que c’est le cas, mais ce n’est pas une raison pour conclure à l’existence d’une obligation en matière de responsabilité délictuelle. C’est plutôt un aspect accessoire anodin du modèle de franchisage utilisé par les franchisés pour exploiter leur entreprise. De plus, pour parer à pareille « vulnérabilité », si elle était suffisamment sérieuse, l’appelante aurait pu souscrire une assurance — une option qui, comme cela nous a été confirmé lors de l’audition du présent pourvoi, n’a pas été retenue.

[90] Conclure à l’existence d’un lien de proximité entre les franchisés de Mr. Sub et Aliments Maple Leaf cadrerait mal avec la présente situation, alors que les parties étaient liées entre elles, par l’entremise de Mr. Sub, au moyen d’une chaîne de contrats qui reflétait l’arrangement type entre un franchisé, un franchiseur et un fournisseur exclusif. L’appelante n’était pas une consommatrice, mais une actrice commerciale dont la vulnérabilité découlait entièrement de sa décision de conclure cette entente, laquelle décision apportait un éclairage important sur les attentes à l’égard de cette relation, attentes dont il faut tenir compte dans l’analyse du lien de proximité. Permettre à l’appelante de contourner les restrictions imposées par ce lien contractuel en faisant valoir une obligation de diligence en matière délictuelle et d’ainsi affaiblir, et même contredire ces restrictions (en ce que l’obligation proposée imposerait à Aliments Maple Leaf une obligation d’approvisionnement alors que son contrat avec Mr. Sub ne lui impose pas une telle obligation), aurait pour effet de compromettre la stabilité non seulement de ce type d’entente, mais aussi de l’entente particulière conclue par *l’appelante*, qui reposait sur une source exclusive d’approvisionnement.

[91] Bien que cela soit suffisant pour nous permettre de conclure à l’absence de lien de proximité entre les franchisés de Mr. Sub et Aliments Maple Leaf, un facteur connexe apporte aussi une réponse à la préoccupation de notre collègue concernant la vulnérabilité découlant de l’entente commerciale liant Aliments Maple Leaf, Mr. Sub et ses franchisés. Comme nous l’avons mentionné, suivant les conditions du contrat de franchisage, l’appelante et

conditional upon obtaining Mr. Sub's permission, to avoid the risk of interrupted supply or to avoid actual interrupted supply where it occurred by seeking out alternative sources of supply. Specifically, art. 6.2 provided:

If the Franchisee wishes to purchase Products, Ingredients, Equipment or Supplies from sources or suppliers other than those approved or designated in writing by the Franchisor, or wishes to offer for sale products or services that have not been previously authorized in writing by the Franchisor, the Franchisee shall give Notice to the Franchisor that it is requesting the Franchisor's approval of such other source, supplier, product or service, as the case may be, and the Franchisor shall give its approval, or reasons for refusing such approval, within thirty (30) days of such Notice but in any event the Franchisor shall have the absolute right to disapprove of any such other source, supplier, product or service.

[92] It is not disputed that the appellant did not avail itself of this option for obtaining alternative supply sources, even after the listeria outbreak and the voluntary recall of RTE meats (Mitropoulos Cross-Examination, R.R., at p. 90).

[93] We acknowledge that Mr. Sub retained discretion to deny any such request, but we simply cannot infer that Mr. Sub would likely have done so (Karakatsanis J.'s reasons, at paras. 103 and 143). Having been entirely released from its obligations towards Maple Leaf Foods in September 2008 some two weeks after the recall, Mr. Sub was no longer under any obligation to Maple Leaf Foods to observe any such minimum purchase requirements until 2010, when its partnership was renewed. In any event, Mr. Sub having itself found a new supplier, it does not seem as likely to us as it does to our colleague that Mr. Sub would have denied the franchisees' request to do the same. Nor would we assume that Mr. Sub would have exercised its discretion in a manner that would violate its obligation, under the *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000*, S.O. 2000, c. 3, s. 3(1), of fair dealing in the performance and enforcement of a franchise agreement.

les autres franchisés de Mr. Sub avaient *effectivement* un moyen, quoique conditionnel à l'obtention de la permission de Mr. Sub, d'éviter le risque de rupture d'approvisionnement ou d'éviter celle qui s'est produite en se tournant vers d'autres sources d'approvisionnement. L'article 6.2 prévoit plus particulièrement ce qui suit :

[TRADUCTION] Si le franchisé souhaite acheter des produits, des ingrédients, de l'équipement ou des fournitures auprès de sources ou de fournisseurs autres que ceux autorisés ou désignés par écrit par le franchiseur, ou s'il souhaite offrir en vente des produits ou des services qui n'ont pas été préalablement autorisés par écrit par le franchiseur, il donne au franchiseur un avis par lequel il lui demande d'approuver l'autre source, fournisseur, produit ou service, selon le cas, et le franchiseur donne son autorisation, ou les motifs pour lesquels il refuse telle autorisation, dans les trente (30) jours de cet avis, mais dans tous les cas, le franchiseur dispose du droit absolu de ne pas approuver l'autre source, fournisseur, produit ou service.

[92] Il n'est pas contesté que l'appelante ne s'est pas prévalu de cette possibilité de recourir à d'autres sources d'approvisionnement, même après l'écllosion de listeria et le rappel volontaire des viandes PAM (contre-interrogatoire de Mitropoulos, d.i., p. 90).

[93] Nous reconnaissons que Mr. Sub avait le pouvoir discrétionnaire de refuser pareille demande, mais nous ne pouvons simplement pas inférer que Mr. Sub aurait probablement refusé (motifs de la juge Karakatsanis, par. 103 et 143). Ayant été complètement libéré de ses obligations à l'égard d'Aliments Maple Leaf en septembre 2008, soit deux semaines environ après le rappel, Mr. Sub n'était plus tenu envers Aliments Maple Leaf de respecter ces exigences d'achat minimum, et ce, jusqu'en 2010, lorsque son contrat d'association a été renouvelé. Quoi qu'il en soit, puisque Mr. Sub s'est trouvé un autre fournisseur, il ne nous semble pas aussi probable qu'il peut le sembler à notre collègue que Mr. Sub aurait refusé la demande des franchisés de faire de même. Nous ne supposerions pas non plus que Mr. Sub aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière à contrevir à l'obligation que lui impose la *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, c. 3, par. 3(1), d'agir équitablement dans l'exécution d'un contrat de franchisage.

[94] If the vulnerability that is typical in a multipartite contractual arrangement such as this is insufficient to ground a duty of care, it is *a fortiori* inadequate where an available means under the terms of that arrangement for avoiding or mitigating that vulnerability was not pursued. In this regard, the appellant’s position is comparable to that of the plaintiffs in *Design Services*, whose failure to pursue the option under “Contract A” for a joint venture with Olympic was fatal to their tort claim.

3. *Novel Duty of Care*

[95] In any event, and as we have explained, the appellant cannot show that it and other Mr. Sub franchisees were in a relationship of proximity with Maple Leaf Foods. That is fatal not only to its argument under *Winnipeg Condominium*, but also to the argument for recognition of a novel duty in these circumstances, since the novel duty also depends, *inter alia*, on the appellant showing that requisite proximate relationship with Maple Leaf Foods. This is because, while a novel duty, being *novel*, starts with a blank slate, that slate is filled by applying the same *Anns/Cooper* framework that, as we have just explained, operates to preclude recovery here under the liability rule in *Winnipeg Condominium*.

IV. Conclusion

[96] We would dismiss the appeal, with costs.

The reasons of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis and Kasirer J.J. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

I. Introduction

[97] This appeal asks whether franchisees, bound by their franchisor to use an exclusive supplier for

[94] Si la vulnérabilité qui découle habituellement d’une entente contractuelle multipartite telle que celle qui nous occupe ne suffit pas pour justifier une obligation de diligence, elle constitue à plus forte raison une considération inadéquate lorsque cette entente prévoit un moyen d’éviter ou d’atténuer cette vulnérabilité et que celui-ci n’est pas utilisé. À cet égard, la position de l’appelante est comparable à celle des demanderessees dans *Design Services*, dont le fait de ne pas se prévaloir de l’option prévue au « contrat A » de former une coentreprise avec Olympic a porté un coup fatal à leur action en responsabilité délictuelle.

3. *Nouvelle obligation de diligence*

[95] De toute façon, et comme nous l’avons expliqué, l’appelante ne peut pas démontrer qu’elle et les autres franchisés de Mr. Sub avaient un lien de proximité avec Aliments Maple Leaf. Cela est fatal non seulement à son argument fondé sur l’arrêt *Winnipeg Condominium*, mais également à l’argument visant à reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les présentes circonstances, car pour établir l’existence d’une nouvelle obligation de diligence, l’appelante doit, entre autres, démontrer l’existence du lien de proximité requis entre elle et Aliments Maple Leaf. En effet, si une nouvelle obligation, par son caractère *nouveau*, part de zéro, ce vide est rempli par l’application du même cadre d’analyse issu des arrêts *Anns* et *Cooper*, lequel, comme nous venons de l’expliquer, a pour effet d’empêcher une indemnisation en l’espèce en vertu de la règle de responsabilité établie dans l’arrêt *Winnipeg Condominium*.

IV. Conclusion

[96] Nous rejetterions le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis et Kasirer rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

I. Introduction

[97] Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si des franchisés, tenus par leur franchiseur

products that are integral to their business, are able to recover the economic losses they suffered as a result of that supplier putting unsafe goods into the market.

[98] The appellant, 1688782 Ontario Inc., is a former franchisee of the Mr. Submarine sandwich restaurant chain. The franchisor, Mr. Sub, entered into an agreement with Maple Leaf Consumer Foods Inc. (together, with Maple Leaf Foods Inc., the respondents), making Maple Leaf the exclusive supplier of certain menu items. At the relevant time, Mr. Sub required its franchisees to purchase certain meats exclusively from Maple Leaf.

[99] In 2008, Maple Leaf issued a nation-wide recall of several products, including two used by Mr. Sub franchisees, after some of its products and production lines tested positive for listeria. During the recall, Mr. Sub was publicly associated with Maple Leaf and the franchisees' businesses declined. The appellant filed and obtained certification for a class action against Maple Leaf on behalf of the Mr. Sub franchisees, alleging that the franchisees had suffered economic losses due to Maple Leaf's negligence.

[100] This is an appeal from a summary judgment motion to determine whether a duty of care existed between Maple Leaf and the Mr. Sub franchisees. The ultimate success of the franchisees in proving their claim in negligence is not at issue before this Court.

[101] I agree with Brown and Martin JJ. that the main thrust of the franchisees' claim does not fall within an existing category of economic loss or an established or analogous relationship of proximity. However, I would find that it is just and fair to impose a novel duty of care on Maple Leaf in these circumstances and would, accordingly, allow the appeal.

de s'approvisionner auprès d'un fournisseur exclusif pour des produits qui font partie intégrante de leurs activités, peuvent être indemnisés des pertes financières qu'ils ont subies parce que ce fournisseur a mis sur le marché des produits dangereux.

[98] L'appelante, 1688782 Ontario Inc., est une ancienne franchisee de la chaîne de restaurants de sandwiches Mr. Submarine. Le franchiseur, Mr. Sub, a conclu un contrat avec Aliments de consommation Maple Leaf Inc. (collectivement, avec Aliments Maple Leaf Inc., les intimées), qui faisait de Maple Leaf le fournisseur exclusif de certains éléments inscrits au menu. À l'époque pertinente, Mr. Sub exigeait de ses franchisees qu'ils achètent certaines viandes exclusivement de Maple Leaf.

[99] En 2008, Maple Leaf a lancé un rappel national de plusieurs produits, dont deux étaient utilisés par les franchisees de Mr. Sub, après que la présence de listeria eut été détectée dans certains de ses produits et certaines de ses chaînes de production. Pendant ce rappel, Mr. Sub a été publiquement associé à Maple Leaf et les activités des franchisees ont diminué. L'appelante a demandé avec succès la certification d'un recours collectif contre Maple Leaf au nom des franchisees de Mr. Sub, alléguant que ceux-ci avaient subi des pertes financières en raison de la négligence de Maple Leaf.

[100] Le présent pourvoi porte sur une motion en jugement sommaire visant à déterminer s'il existait une obligation de diligence entre Maple Leaf et les franchisees de Mr. Sub. La question de savoir si les franchisees ont réussi à établir le bien-fondé de leur action en négligence n'est pas en cause devant la Cour.

[101] Je suis d'accord avec les juges Brown et Martin pour dire que l'objet principal de la réclamation des franchisees n'entre pas dans l'une des catégories existantes de perte financière ou dans l'une des catégories établies ou analogues de lien de proximité. Cependant, j'estime qu'il est juste et équitable d'imposer une nouvelle obligation de diligence à Maple Leaf dans les circonstances et j'accueillerais donc le pourvoi.

II. Facts

[102] Maple Leaf is a manufacturer and processor of food products, including “ready-to-eat” sliced meats and deli meats produced for national distribution in retail and food service operations. In late 2005, Maple Leaf entered into a foodservice partnership agreement with Mr. Sub in which Mr. Sub agreed to purchase 14 core menu items, including sliced corned beef and sliced roast beef, exclusively from Maple Leaf until the end of 2008. Mr. Sub also agreed to purchase an annual minimum volume of Maple Leaf products. Maple Leaf, in turn, agreed to offer Mr. Sub “best pricing” on exclusive products, a signing bonus and “superior” customer service, which included a dedicated phone hotline for Mr. Sub franchisees and “Direct Franchisee contact” (A.R., vol. II, at pp. 14-15).

[103] The appellant was a franchisee of Mr. Sub and ran a family-operated location selling sandwiches and other items. In 2006, it renewed its franchise agreement with Mr. Sub for a five-year term. The franchise agreement was a standard form agreement used for all Mr. Sub franchisees. The agreement required the franchisees to purchase all products and ingredients “exclusively from the Franchisor or from sources or suppliers approved or designated in writing by the Franchisor” (A.R., vol. II, at pp. 109-10). The franchisees had the option of requesting to purchase ingredients from another source, but this was subject to Mr. Sub’s “absolute right to disapprove” of any proposed alternative, as well as a 30-day timeline and the franchisees paying the costs associated with Mr. Sub’s approval (p. 110).

[104] Mr. Sub specified to the franchisees that Maple Leaf would be the exclusive provider of certain ready-to-eat meats for their restaurants. The franchisees purchased their meats through a distributor and thus lacked contractual privity with Maple

II. Faits

[102] Maple Leaf fabrique et transforme des produits alimentaires, y compris des viandes tranchées « prêtes à manger » et des charcuteries produites en vue d’être distribuées à l’échelle nationale dans des établissements de vente au détail et de restauration. À la fin de l’année 2005, Maple Leaf a conclu avec Mr. Sub un contrat d’association en matière de service alimentaire aux termes duquel Mr. Sub consentait à acheter exclusivement de Maple Leaf, jusqu’à la fin de l’année 2008, 14 éléments principaux inscrits au menu, notamment du bœuf salé tranché et du rosbif tranché. Mr. Sub acceptait aussi d’acheter annuellement une quantité minimale de produits Maple Leaf. Maple Leaf s’engageait pour sa part à offrir à Mr. Sub le [TRADUCTION] « meilleur prix » pour ses produits exclusifs, une prime à la signature et un service à la clientèle « de qualité supérieure », ce qui comprenait un service d’assistance téléphonique à l’intention des franchisés de Mr. Sub et un « contact direct avec le franchisé » (d.a., vol. II, p. 14-15).

[103] L’appelante, une franchisee de Mr. Sub, exploitait une entreprise familiale de vente de sandwiches et d’autres produits. En 2006, elle a renouvelé pour une durée de cinq ans son contrat de franchisage qui l’unissait à Mr. Sub. Il s’agissait d’un contrat type utilisé pour tous les franchisés de Mr. Sub. Ce contrat prévoyait que les franchisés devaient acheter tous les produits et ingrédients [TRADUCTION] « exclusivement du franchiseur ou de sources ou fournisseurs approuvés ou désignés par écrit par le franchiseur » (d.a., vol. II, p. 109-110). Les franchisés pouvaient demander à acheter des ingrédients auprès d’une autre source, mais Mr. Sub disposait du « droit absolu de ne pas approuver » la source proposée ainsi que d’un délai de 30 jours pour répondre à la demande d’approbation, alors que les franchisés devaient assumer les frais liés à l’approbation par Mr. Sub (p. 110).

[104] Mr. Sub précisait aux franchisés que Maple Leaf serait le fournisseur exclusif de certaines viandes prêtes à manger pour leurs restaurants. Les franchisés achetaient leurs viandes par l’entremise d’un distributeur de sorte qu’ils n’avaient aucun lien

Leaf. While they were linked indirectly through separate contracts, Maple Leaf and the franchisees had direct contact through a dedicated phone hotline to deal with product inquiries and concerns.

[105] On August 16, 2008, the Canadian Food Inspection Agency (CFIA) informed Maple Leaf that one of its products had tested positive for listeria. On August 17, a “Health Hazard Alert” was issued by the CFIA and Maple Leaf issued a nation-wide press release and recall of two products (neither used by the franchisees). On August 19, the CFIA informed Maple Leaf of more positive tests for listeria on certain production lines and issued another “Health Hazard Alert” (A.R., vol. IV, at pp. 72-75). That day, Maple Leaf recalled all products produced on the affected lines since June, including the roast beef and corned beef used by Mr. Sub. On August 23, the CFIA and Public Health Agency of Canada concluded that the strain of listeria matching that in Maple Leaf’s products was linked to widespread illness and several deaths.

[106] In the days following the expanded recall, Maple Leaf instructed distributors to visit Mr. Sub franchisee locations to remove and destroy the potentially contaminated meats. Six to eight weeks passed before the roast beef and corned beef were replaced by a different supplier, with the help of Maple Leaf.

[107] During the recall, Mr. Sub and other restaurants were publicly associated with Maple Leaf in news stories and in the CFIA’s “Health Hazard Alerts”, but Mr. Sub was unique among submarine sandwich restaurants for being identified as a purveyor of Maple Leaf products. Eventually, the franchisor Mr. Sub and Maple Leaf entered into a Supply and Settlement Agreement in which the exclusivity arrangement was relaxed in certain situations and Maple Leaf paid Mr. Sub “a one-time payment of \$250,000.00 to cover, among other things,

contractuel avec Maple Leaf. Même s’ils étaient indirectement liés au moyen de contrats distincts, Maple Leaf et les franchisés étaient en contact direct grâce à un service d’assistance téléphonique réservé visant à répondre aux questions et aux préoccupations sur les produits.

[105] Le 16 août 2008, l’Agence canadienne d’inspection des aliments (ACIA) a informé Maple Leaf que la présence de listeria avait été détectée dans un de ses produits. Le 17 août, l’ACIA a diffusé un avis de « danger pour la santé », et Maple Leaf a publié un communiqué de presse à l’échelle du pays et a rappelé deux produits (ni l’un ni l’autre n’étant utilisés par les franchisés). Le 19 août, l’ACIA a informé Maple Leaf que d’autres tests avaient révélé la présence de listeria dans certaines chaînes de production et elle a diffusé un autre avis de « danger pour la santé » (d.a., vol. IV, p. 72-75). Le même jour, Maple Leaf a rappelé tous les produits fabriqués depuis le mois de juin sur les chaînes touchées, dont le rosbif et le bœuf salé utilisés par Mr. Sub. Le 23 août, l’ACIA et l’Agence de la santé publique du Canada ont conclu que la souche de listeria correspondant à celle décelée dans les produits de Maple Leaf était liée à beaucoup de cas de maladie et à plusieurs décès.

[106] Dans les jours qui ont suivi le rappel général, Maple Leaf a ordonné aux distributeurs de se rendre dans les établissements des franchisés de Mr. Sub et d’enlever et détruire les viandes susceptibles d’être contaminées. Il a fallu entre six et huit semaines pour que, avec l’aide de Maple Leaf, un autre fournisseur remplace le rosbif et le bœuf salé.

[107] Durant le rappel, Mr. Sub et d’autres restaurants ont été publiquement associés à Maple Leaf dans les reportages et dans les avis de « danger pour la santé » publiés par l’ACIA, mais de tous les restaurants de sous-marins, seuls les restaurants Mr. Sub étaient désignés comme étant des fournisseurs des produits Maple Leaf. Ultérieurement, le franchiseur Mr. Sub et Maple Leaf ont conclu une entente d’approvisionnement et de règlement qui prévoyait un assouplissement des modalités de l’entente d’exclusivité dans certaines circonstances, et le versement

the inconvenience caused to Mr. Sub by the recall” (A.R., vol. II, at p. 10).

[108] None of the appellant’s patrons or employees were harmed by the affected products, but the appellant alleges that a significant decrease in sales and profits began during and continued after the listeria outbreak. The appellant closed its business in 2010.

III. Procedural History

[109] The appellant commenced a class action against Maple Leaf on behalf of the franchisees of the other 424 Mr. Sub restaurants across Canada. The action claims damages for disposal and destruction of the “ready-to-eat” meats; clean-up and mitigation costs; loss of past and future sales and profits, goodwill and capital value of their franchises and businesses; and special damages to dispose, destroy and replace the meats. The appellant brought a motion for certification of the action as a class proceeding, while Maple Leaf brought a motion for summary judgment seeking dismissal of the appellant’s claim on the basis that it owed no duty of care to the appellant. The appellant responded seeking an order for summary judgment in its favour.

[110] Leitch J. certified the action as a class proceeding with the appellant as the representative plaintiff (2016 ONSC 4233). In these reasons, Leitch J. concluded that it was not plain and obvious that the claim did not fall within a recognized duty of care or that it could not meet the requirements of the test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

A. *Ontario Superior Court of Justice, No. 60680CP (November 18, 2016), Leitch J.*

[111] Leitch J. dismissed Maple Leaf’s motion for summary judgment and held in the franchisees’

par Maple Leaf à Mr. Sub [TRADUCTION] « d’un paiement unique de 250 000 \$ pour, entre autres choses, les inconvénients causés à Mr. Sub par le rappel » (d.a., vol. II, p. 10).

[108] Aucun des clients ou employés de l’appelante n’a été victime des produits contaminés, mais celle-ci allègue que ses ventes et profits ont commencé à diminuer considérablement pendant l’éclosion de listeria et que cette diminution s’est poursuivie après celle-ci. L’appelante a fermé son entreprise en 2010.

III. Historique des procédures

[109] L’appelante a intenté un recours collectif contre Maple Leaf pour le compte des franchisés des 424 autres restaurants Mr. Sub au Canada. Elle y réclame des dommages-intérêts pour l’élimination et la destruction des viandes « prêtes à manger », les frais de décontamination et d’atténuation, la perte de ventes et profits passés et futurs, de clientèle et de valeur en capital de leurs franchises et entreprises, ainsi que des dommages-intérêts spéciaux pour l’élimination, la destruction et le remplacement des viandes. L’appelante a présenté une motion en certification de l’action en tant que recours collectif, tandis que Maple Leaf a présenté une motion en jugement sommaire visant à faire rejeter la demande de l’appelante au motif qu’elle n’était tenue à aucune obligation de diligence à l’égard de l’appelante. Cette dernière a répondu en demandant qu’une ordonnance de jugement sommaire soit rendue en sa faveur.

[110] La juge Leitch a certifié l’action en tant que recours collectif, et elle a désigné l’appelante comme représentante des demandeurs (2016 ONSC 4233). Dans ses motifs, la juge Leitch a conclu qu’il n’était pas évident et manifeste que l’action ne relevait pas d’une obligation de diligence reconnue ou qu’elle ne pouvait satisfaire aux exigences du critère énoncé dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, No. 60680CP (18 novembre 2016), la juge Leitch*

[111] La juge Leitch a rejeté la motion en jugement sommaire de Maple Leaf et rendu une décision

favour (S.C.J. reasons (A.R., vol. I, at p. 45)). She found that Maple Leaf owed a duty of care to the franchisees in relation to the production, processing, sale and distribution of the meats, and that Maple Leaf further owed a duty of care with respect to any representations that the meats were fit for human consumption. She rejected Maple Leaf's argument that the franchisees' claim was based on a narrow duty on Maple Leaf's part to continuously supply its products. Leitch J. further found that Maple Leaf was under an obligation to be mindful of the franchisees' legitimate interests and that it was reasonable, appropriate and foreseeable for consumers to avoid buying food from a restaurant whose supplier was under a recall due to problems that were not resolved for a significant period of time.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, Sharpe, Rouleau and Fairburn J.J.A.*

[112] The Court of Appeal allowed Maple Leaf's appeal. With regard to the alleged duty to supply a product fit for human consumption, Fairburn J.A., writing for the court, held that any duty aimed at public health was owed to the franchisees' customers, not the franchisees, and that the franchisees and Maple Leaf did not have the requisite proximity to ground a duty. Regarding the duty of care in relation to negligent misrepresentation, the Court of Appeal concluded that Leitch J. had erred in failing to consider the scope of the proximate relationship between the parties, as required under *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855.

[113] Fairburn J.A. noted Maple Leaf's acknowledgment that the franchisees had a *de minimis* claim for disposal, destruction and clean-up costs and that it did not contest that portion of Leitch J.'s order. She therefore set aside Leitch J.'s order finding a duty of care, except as it related to those costs.

favorable aux franchisés (motifs de la C.S.J. (d.a., vol. I, p. 45)). Elle a conclu que Maple Leaf avait une obligation de diligence envers les franchisés en ce qui a trait à la production, à la transformation, à la vente et à la distribution des viandes, et qu'elle avait aussi une obligation de diligence quant à toute déclaration voulant que les viandes soient propres à la consommation humaine. Elle a rejeté l'argument de Maple Leaf portant que l'action des franchisés repose sur l'obligation restreinte d'approvisionnement continu à laquelle l'entreprise est tenue relativement à ses produits. La juge Leitch a par ailleurs conclu que Maple Leaf devait tenir compte des intérêts légitimes des franchisés et qu'il était raisonnable, justifié et prévisible que les consommateurs évitent d'acheter de la nourriture d'un restaurant dont le fournisseur était visé par un rappel en raison de problèmes qui n'ont pas été réglés pendant une longue période.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2018 ONCA 407, 140 O.R. (3d) 481, les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn*

[112] La Cour d'appel a accueilli l'appel de Maple Leaf. S'agissant de l'allégation selon laquelle il faut fournir un produit propre à la consommation humaine, la juge Fairburn, au nom de la cour, a conclu que toute obligation visant la santé publique est une obligation envers les clients des franchisés, et non les franchisés, et que ces derniers et Maple Leaf n'avaient pas le lien de proximité requis pour fonder une telle obligation. Quant à l'obligation de diligence en ce qui a trait à la déclaration inexacte faite par négligence, la Cour d'appel a conclu que la juge Leitch avait commis une erreur en ne prenant pas en considération l'étendue du lien de proximité entre les parties, contrairement à ce qu'exige l'arrêt *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855.

[113] La juge Fairburn a souligné que Maple Leaf avait reconnu que les franchisés avaient un droit d'action *de minimis* pour ce qui est des frais d'élimination, de destruction et de décontamination et que l'entreprise n'avait pas contesté cette partie de l'ordonnance de la juge Leitch. Elle a donc annulé l'ordonnance de la juge Leitch concluant à l'existence d'une obligation de diligence, sauf en ce qui concerne ces frais.

IV. Analysis

[114] In these reasons, I consider one issue: did Maple Leaf owe a duty of care to the franchisees such that some or all of their economic losses are recoverable in tort?

A. *Recovery of Economic Losses in Negligence*

[115] The franchisees do not allege that they suffered any physical injury or damage to their property due to Maple Leaf's negligence. Their claim is thus for recovery of their "pure" economic loss.

[116] Historically, the common law did not allow for recovery of losses in negligence that were not consequent to physical injury or property damage. This so-called "exclusionary rule" against economic loss is often traced to *Cattle v. Stockton Waterworks* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, in which the plaintiff contracted with a landowner to build a tunnel and then was denied recovery against a third-party defendant who negligently flooded the tunnel, thereby increasing the cost of performing the contract. Over time, the narrow rule established in *Stockton* was widened and was soon said to preclude recovery of all types of pure economic loss in negligence. It was not until the House of Lords decision of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, that recovery for certain forms of pure economic loss in negligence was recognized, in that case for negligent misrepresentation.

[117] Since *Hedley Byrne*, Canadian courts have repeatedly affirmed that there is no bar or broad exclusionary rule against recovery of economic loss for negligence in Canada (see, e.g., *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge*

IV. Analyse

[114] Dans les présents motifs, je me penche sur une question : Maple Leaf avait-elle une obligation de diligence envers les franchisés de sorte qu'une partie ou l'ensemble des pertes financières qu'ils ont subies sont susceptibles d'indemnisation sur le fondement de la responsabilité délictuelle?

A. *Indemnisation des pertes financières causées par négligence*

[115] Les franchisés n'allèguent pas qu'ils ont subi un préjudice physique ou un dommage à leurs biens à cause de la négligence de Maple Leaf. Ils demandent donc d'être indemnisés de leurs pertes « purement » financières.

[116] Autrefois, la common law ne permettait pas l'indemnisation des pertes causées par négligence qui ne découlaient pas d'un préjudice corporel ou d'un dommage aux biens. On fait souvent remonter cette règle dite « d'exclusion » qui interdit l'indemnisation des pertes financières à l'affaire *Cattle c. Stockton Waterworks* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, dans laquelle le demandeur avait conclu un contrat avec un propriétaire foncier pour la construction d'un tunnel et avait été débouté de l'action en indemnisation qu'il avait intentée contre une tiers défenderesse qui avait par négligence inondé le tunnel, ce qui avait eu pour effet d'accroître le coût d'exécution du contrat. Au fil du temps, la règle stricte établie dans l'arrêt *Stockton* a été élargie et l'on a vite dit d'elle qu'elle empêchait l'indemnisation de tous les types de perte purement financière découlant d'une négligence. Ce n'est que lorsque la Chambre des lords a rendu l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, que l'indemnisation de certaines formes de perte purement financière causée par négligence a été reconnue, perte qui, dans cette affaire, découlait d'une déclaration inexacte faite par négligence.

[117] Depuis l'arrêt *Hedley Byrne*, les tribunaux canadiens ont maintes fois répété qu'il n'existe aucune interdiction ni aucune règle d'exclusion générale qui empêche l'indemnisation des pertes financières causées par négligence au Canada (voir, p. ex., *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S.

Investments Ltd., [1976] 2 S.C.R. 221, at p. 252; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 239; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1046-48 and 1054, per La Forest J., dissenting, and pp. 1144-45 and 1155, per McLachlin J.; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, at paras. 28 and 32; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at paras. 27 and 39; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 40). Over the years, various tests or limitations were proposed to deal with economic loss cases, “on the theory that, left to itself, recovery for pure economic loss would extend liability in the field of negligence beyond traditional limits” (*Hofstrand Farms*, at p. 235). Recovery for pure economic loss in negligence soon grew to be “perceived as complicated and ever-changing” (M. C. Awad and J. D. Rice, “When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law”, in T. Archibald and M. Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2004* (2005), 253, at p. 253).

[118] Nonetheless, this Court has affirmed that, “[a]s a cause of action, claims concerning the recovery of economic loss are identical to any other claim in negligence in that the plaintiff must establish a duty, a breach, damage and causation” (*Martel Building*, at para. 35). The proper approach to assessing whether a duty of care exists is, as in all cases of negligence, to follow the two-step inquiry established in *Anns* and adjusted in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 (see, e.g., *Martel Building*, at paras. 46-47; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at paras. 26-27; *Livent*, at para. 16). “If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises” (*Cooper*, at para. 30), and the court considers whether any residual policy considerations negate that duty at the second stage. However, where a case falls within or is analogous to a previously recognized category of proximity, and reasonable

1189; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, p. 252; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, p. 239; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1046-1048 et 1054, le juge La Forest, dissident, et p. 1144-1145 et 1155, la juge McLachlin; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, par. 28 et 32; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 27 et 39; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 40). Au fil des ans, divers critères ou restrictions ont été proposés pour permettre de statuer sur les affaires de perte financière, « à l'égard de la théorie selon laquelle, livré à lui-même, le recouvrement en matière de préjudice purement financier étendrait la responsabilité en matière de négligence au-delà des limites traditionnelles » (*Hofstrand Farms*, p. 235). L'indemnisation d'une perte purement financière découlant d'une négligence a vite été [TRADUCTION] « perçue comme étant compliquée et en constante évolution » (M. C. Awad et J. D. Rice, « When is a Negligent Party Liable for Pure Economic Loss? A Practical Guide to an Impractical Area of Law », dans T. Archibald et M. Cochrane, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2004* (2005), 253, p. 253).

[118] Néanmoins, notre Cour a affirmé que, « [p]our établir son droit d'action, la personne qui réclame des dommages-intérêts relativement à une perte économique doit, à l'instar de toute personne qui invoque la négligence, faire la preuve d'une obligation, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité » (*Martel Building*, par. 35). Pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il convient, comme dans tous les cas de négligence, de procéder à l'analyse en deux étapes exposée dans l'arrêt *Anns*, puis adaptée dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 (voir, p. ex., *Martel Building*, par. 46-47; *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 26-27; *Livent*, par. 16). « Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie* » (*Cooper*, par. 30), et le tribunal doit se demander à la deuxième étape si cette obligation est écartée par des

foreseeability is also established, then a *prima facie* duty may be found without a full analysis (para. 36).

[119] While many harms may be reasonably foreseeable to someone in the defendant's position, what is ultimately recoverable will be determined by the content of the duty, taking into account *both* foreseeability and proximity. *Cooper* did not, however, specify which of foreseeability and proximity must be assessed first. While this Court found that assessing proximity first was helpful in cases of negligent misrepresentation because "[w]hat the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence [will depend in part] upon . . . the purpose of the defendant's undertaking" (*Livent*, at para. 24), this will not always be the case for other types of economic loss or for other claims in negligence more generally. For example, in *Design Services*, an economic loss case, Rothstein J. began by assessing reasonable foreseeability and explained that "[t]he usual indication of proximity is foreseeability" (para. 49). More broadly, I am not convinced that the approach in *Livent* must dictate the *Anns/Cooper* duty of care formula in all cases of negligence engaging economic loss. For instance, although the nature of the relationship is key to limiting the risk of indeterminate liability in negligent misrepresentation cases, in cases engaging the negligent supply of shoddy goods, the particular features of the relationship between the manufacturer or builder and their end-user may not be as pressing as the connection between the manufacturer or builder and the product they have negligently put into the marketplace. The *Anns/Cooper* analysis is meant to be responsive to different factual scenarios, and I see no reason to remove these elements of flexibility from the analysis in all cases.

considérations de politique résiduelles. Toutefois, si une affaire appartient ou est analogue à une catégorie déjà reconnue de lien de proximité, et que la prévisibilité raisonnable est aussi établie, il est alors possible de conclure à l'existence d'une obligation *prima facie* sans procéder à une analyse complète (par. 36).

[119] Même si une personne se trouvant dans la situation du défendeur peut raisonnablement prévoir bon nombre de préjudices, ce qui pourra ultimement être indemnisé dépendra du contenu de l'obligation, eu égard à la prévisibilité *et* au lien de proximité. L'arrêt *Cooper* ne précise cependant pas si c'est la prévisibilité ou le lien de proximité qui doit être évalué en premier. Bien que notre Cour ait conclu qu'il était utile de commencer par l'examen du lien de proximité dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence parce que « [l]es conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s'attendre en raison de sa négligence dépendr[ont en partie] de l'objet de l'engagement du défendeur » (*Livent*, par. 24), ce ne sera pas toujours le cas pour d'autres types de perte financière ou, plus généralement, pour d'autres actions fondées sur la négligence. À titre d'exemple, dans *Design Services*, une affaire de perte financière, le juge Rothstein a commencé par apprécier la prévisibilité raisonnable et a expliqué que « [l]'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité » (par. 49). Plus généralement, je ne suis pas convaincue que l'approche adoptée dans *Livent* impose d'appliquer la formule de l'obligation de diligence énoncée dans les arrêts *Anns* et *Cooper* à tous les cas de négligence où il y a une perte financière. Par exemple, même si la nature de la relation joue un rôle clé pour limiter le risque de responsabilité indéterminée dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence, dans les cas de fourniture négligente de marchandises de mauvaise qualité, les caractéristiques particulières de la relation qui unit le fabricant ou le constructeur à l'utilisateur final ne sont peut-être pas aussi pressantes que celles du rapport entre le fabricant ou le constructeur et le produit que celui-ci a négligemment mis sur le marché. L'analyse préconisée par les arrêts *Anns* et *Cooper* est censée pouvoir s'adapter à différentes situations factuelles, et je ne vois aucune raison de lui retirer ces éléments de souplesse dans tous les cas.

[120] I agree with Brown and Martin JJ. that while this Court has identified specific types of economic losses in negligence, it is the duty of care — and not the category of economic loss — that dictates whether economic loss may be recoverable in negligence in a given case. The case law surrounding each of the categories has helped to work through the policy considerations associated with the economic loss arising in a given category, thereby grouping the policy concerns that often arise in similar factual situations, alerting the parties and courts to those considerations and, in some cases, adopting a slightly modified analysis to account for the particular form of loss. I would emphasize, however, that since there is no longer a general bar to recovery of economic loss in negligence, the categories should not be viewed as being closed or otherwise have the effect of acting as additional hurdles for claims that meet the rigours of the *Anns/Cooper* analysis, which demands a careful consideration of the implications of allowing recovery for that economic loss. While the existing categories can act as analytical tools in the duty analysis (*Martel Building*, at para. 45), the scope of allowable economic loss in Canadian law is not limited to them.

[121] In cases engaging a novel relationship and requiring a full *Anns/Cooper* analysis, courts should look to decided cases for guidance but should be cautious of reflexively relying on oft-repeated policy considerations as conventional wisdom without examining the specific circumstances of the case. Much as not all economic loss cases are the same, these traditional policy concerns may not arise in every case (*Awad and Rice*, at p. 255). For example, indeterminate liability can often be addressed by a robust stage one analysis (*Livent*, at para. 42); a plaintiff's commercial sophistication or ability to allocate risk by contract depends on the facts of the case (see *Norsk*, at p. 1125, per La Forest J., dissenting, and p. 1159, per McLachlin J.); and a plaintiff's ability to obtain insurance for the particular loss at issue must

[120] Je conviens avec les juges Brown et Martin que, bien que notre Cour ait établi les types particuliers de pertes financières découlant de la négligence, c'est l'obligation de diligence — et non la catégorie de perte financière — qui détermine si une perte financière est susceptible d'indemnisation pour négligence dans un cas donné. La jurisprudence relative à chacune des catégories a aidé à traiter des considérations de politique liées à la perte financière relevant d'une catégorie donnée, et, ce faisant, a regroupé les considérations de politique qui se présentent souvent dans des situations factuelles semblables, a attiré l'attention des parties et des tribunaux sur ces considérations, et a, dans certains cas, modifié légèrement l'analyse pour tenir compte du type particulier de la perte. J'aimerais cependant souligner que, comme il n'existe plus d'interdiction générale empêchant l'indemnisation d'une perte financière découlant d'une négligence, les catégories ne devraient pas être considérées comme étant fermées ou avoir par ailleurs pour effet de servir d'obstacle supplémentaire aux réclamations qui satisfont aux exigences de l'analyse préconisée par les arrêts *Anns* et *Cooper*, qui commande un examen attentif des conséquences qu'il y a à permettre l'indemnisation de cette perte financière. Bien que les catégories existantes puissent servir d'outils d'analyse dans l'analyse de l'obligation de diligence (*Martel Building*, par. 45), l'étendue des pertes financières admises en droit canadien ne se limite pas à ces catégories.

[121] Dans les affaires mettant en cause un nouveau type de relation et exigeant une analyse exhaustive fondée sur les arrêts *Anns* et *Cooper*, les tribunaux devraient s'inspirer des décisions rendues tout en prenant garde de ne pas automatiquement s'appuyer sur des considérations de politique souvent répétées comme la sagesse populaire sans d'abord examiner les circonstances particulières de l'affaire. Dans la mesure où toutes les affaires de perte financière ne sont pas pareilles, ces considérations de politique traditionnelles pourraient ne pas se soulever dans tous les cas (*Awad et Rice*, p. 255). Par exemple, les préoccupations liées à la responsabilité indéterminée peuvent souvent être écartées par une application rigoureuse du premier volet du cadre d'analyse (*Livent*, par. 42), l'expérience commerciale

be viewed realistically (p. 1123). The core inquiry is the two-step analysis, responsive to the facts at hand.

B. Existing Categories of Economic Loss

[122] I agree with Brown and Martin JJ. that the appellant has not identified an undertaking that could form the basis for a duty to the franchisees within the category of negligent misrepresentation that encompasses the losses they are claiming. That said, I accept that, as a general proposition, an undertaking may be made concurrently to multiple recipients for different purposes. I would also disagree with my colleagues that the franchise agreement between the franchisees and Mr. Sub necessarily restricted the franchisees' ability to sue for negligent misrepresentation. As I will explain below, I take a different view of the contractual matrix in this case and the impact it has on the duty of care analysis.

[123] With regard to the negligent supply of shoddy or unsafe goods, I would find that the nature and scope of the franchisees' main allegations are not well-suited to this category of economic loss and that this category has limited value as an analytical tool.

[124] While *Winnipeg Condominium* offers this Court's most recent discussion of economic loss arising from the negligent supply of shoddy goods and structures, I would caution against collapsing the entirety of this type of economic loss into the specific duty that was found on the facts of that case. In *Winnipeg Condominium*, the plaintiff claimed only for the costs of repair — but the *absence* of a claim for lost profits or other direct economic losses should

du demandeur ou sa capacité à répartir contractuellement le risque dépend des faits de l'affaire (voir *Norsk*, p. 1125, le juge La Forest, dissident, et p. 1159, la juge McLachlin), et la capacité du demandeur de souscrire une assurance couvrant la perte en question doit être envisagée de façon réaliste (p. 1123). L'analyse à deux volets, adaptée aux faits de l'espèce, constitue l'analyse fondamentale.

B. Catégories existantes de perte financière

[122] Je partage l'opinion des juges Brown et Martin selon laquelle l'appelante n'a fait état d'aucun engagement susceptible de fonder une obligation, en faveur des franchisés, relevant de la catégorie des déclarations inexactes faites par négligence qui englobe les pertes qu'ils invoquent. Cela dit, je reconnais qu'en règle générale, un engagement peut être pris simultanément à l'égard de plusieurs bénéficiaires à des fins différentes. De plus, je ne partage pas l'avis de mes collègues portant que le contrat de franchisage entre les franchisés et Mr. Sub limitait nécessairement la capacité des franchisés d'intenter une action pour déclaration inexacte faite par négligence. Comme je l'expliquerai ci-après, j'ai une conception différente du cadre contractuel de la présente affaire et de son incidence sur l'analyse de l'obligation de diligence.

[123] En ce qui concerne la fourniture négligente de marchandises de mauvaise qualité ou dangereuses, je suis d'avis que la nature et la portée des principales allégations faites par les franchisés ne s'inscrivent pas bien dans cette catégorie de perte financière et que celle-ci a une valeur limitée en tant qu'outil d'analyse.

[124] Bien que l'arrêt *Winnipeg Condominium* offre la plus récente analyse de notre Cour sur la perte financière découlant de la fourniture négligente de marchandises et structures de mauvaise qualité, il ne faudrait pas ramener toutes les pertes financières de ce type à l'obligation particulière qui a été constatée eu égard aux faits de cette affaire. Dans *Winnipeg Condominium*, la demanderesse ne réclamait que les frais de réparation — mais il ne faudrait

not be read to preclude recovery of those losses in future cases that satisfy the *Anns/Cooper* analysis.

[125] Indeed, Laskin J.'s dissenting reasons in *Rivtow*, which were explicitly adopted in *Winnipeg Condominium*, at para. 36, suggest that additional economic losses may be recoverable under this class of duty. In *Rivtow*, Laskin J. explained that the rationale for *manufacturer's liability*, like that established in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), is what supports extending recovery for pure economic loss where physical injury or property damage has not yet occurred but is instead prevented (pp. 1218 and 1221). Laskin J. would have found that the defendant, who had negligently manufactured defective cranes, was liable for the plaintiff's economic loss from the "down time" of repairing the usually profit-generating cranes (at p. 1222) and that, liability for those lost profits "being established", the costs of the plaintiff's repairs could also be recovered (p. 1223; see also B. Feldthusen, "Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.: Who Needs Contract Anymore?" (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 143, at p. 145).

[126] I agree with Brown and Martin JJ. that the foundation of this class of duty is a manufacturer or builder's duty to avoid *danger* towards the users of their product or inhabitants of their building. This was the driving force animating both *Winnipeg Condominium*, at paras. 12, 20-21 and 50, and Laskin J.'s reasons in *Rivtow*, at pp. 1219 and 1221-22; it was also found to significantly limit the class of plaintiffs to those who were foreseeably threatened by the dangerous product or structure.

[127] As Leitch J. found, the contaminated Maple Leaf meats posed a "foreseeable real and substantial

pas considérer que l'*absence* de réclamation visant la perte de profits ou d'autres pertes financières directes empêche l'indemnisation de ces pertes dans de futures causes qui satisfont aux exigences de l'analyse préconisée dans les arrêts *Anns* et *Cooper*.

[125] D'ailleurs, les motifs dissidents rédigés par le juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow*, qui ont été explicitement adoptés dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*, par. 36, suggèrent que d'autres pertes financières pourraient être indemnisables au titre de cette catégorie d'obligation. Dans l'arrêt *Rivtow*, le juge Laskin explique que la raison d'être de la *responsabilité du fabricant*, telle que celle établie dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), est ce qui justifie d'étendre l'indemnisation de la perte purement financière aux cas où le préjudice corporel ou le dommage aux biens ne s'est pas encore produit, mais où on a plutôt empêché qu'il se produise (p. 1218 et 1221). Le juge Laskin aurait conclu que la défenderesse, qui avait par négligence fabriqué des grues défectueuses, était responsable de la perte financière subie par la demanderesse en raison du temps d'arrêt nécessaire pour réparer les grues dont l'exploitation était normalement lucrative (p. 1222), et que la responsabilité de cette perte de profits « étant établie », le coût des réparations assumé par la demanderesse pouvait également être recouvré (p. 1223; voir aussi B. Feldthusen, « *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co. : Who Needs Contract Anymore?* » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 143, p. 145).

[126] Je conviens avec les juges Brown et Martin que le fondement de cette catégorie d'obligation est que le fabricant ou le constructeur est tenu d'éviter tout *danger* pour les utilisateurs de son produit ou les occupants de son immeuble. C'est là l'élément déterminant de l'arrêt *Winnipeg Condominium*, par. 12, 20-21 et 50, ainsi que des motifs du juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow*, p. 1219 et 1221-1222; on a aussi constaté que cela limitait sensiblement la catégorie des demandeurs à ceux dont il était prévisible qu'ils soient menacés par la structure ou le produit dangereux.

[127] Comme l'a conclu la juge Leitch, les viandes Maple Leaf contaminées présentaient un

danger” to the health and safety of consumers (S.C.J. reasons, at para. 53 (A.R., vol. I, at p. 58)). And, as the Court of Appeal noted, “there was a *risk* that the two core menu items [supplied to the franchisees] *could* compromise human health, given that they had been produced at the same plant as the tainted products” (para. 38). With respect to the costs of removing those potentially unsafe products incurred by the franchisees in this case, I would find that the rationale of protecting an end-user from the danger of a manufacturer’s negligence can also capture those intermediary actors who incurred economic losses in pursuit of that same goal. That is, an intermediary who incurs expenses in repairing or removing a dangerous item from the marketplace to protect the end-user, and who may be best-placed to take steps to avoid that danger, should similarly be able to recover from a negligent manufacturer. Tort law should not require that the danger be passed on to the end-user before the costs of eliminating the danger can be recovered. The franchisees in this case would not themselves have been directly exposed to the danger of Maple Leaf’s goods, but any clean-up or disposal costs that they incurred to protect consumers from the danger should be recoverable, being supported by a similar safety rationale as that in *Winnipeg Condominium* and Laskin J.’s reasons in *Rivtow*. Indeed, the duty that is extant under the Court of Appeal’s order, uncontested by Maple Leaf — covering the franchisees’ clean-up and disposal costs — is supported by this logic.

[128] However, while the franchisees’ costs in eliminating the danger could fall within a duty under this category of economic loss, the category does not capture the thrust of their claim. The economic losses claimed in this case flowed largely from the franchisees’ continued association with dangerous products. These losses engage a different set

[TRADUCTION] « danger prévisible réel et important » pour la santé et la sécurité des consommateurs (motifs de la C.S.J., par. 53 (d.a., vol. I, p. 58)). Par ailleurs, comme l’a souligné la Cour d’appel, « il y avait un *risque* que les deux éléments principaux du menu [ayant été fournis aux franchisés] *puissent* compromettre la santé humaine, étant donné qu’ils avaient été fabriqués dans la même usine que les produits contaminés » (par. 38). S’agissant des frais engagés par les franchisés en l’espèce pour enlever ces produits susceptibles d’être dangereux, je suis d’avis que la raison pour laquelle il convient de protéger l’utilisateur final contre le danger que représente la négligence du fabricant peut aussi s’appliquer aux acteurs intermédiaires qui ont subi des pertes financières en cherchant à atteindre le même but. Autrement dit, l’intermédiaire qui a engagé des dépenses pour réparer un objet dangereux ou pour le retirer du marché afin de protéger l’utilisateur final, et qui est peut-être le mieux placé pour prendre les mesures nécessaires pour éviter ce danger, devrait pouvoir tout autant être indemnisé par le fabricant négligent. Le droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas exiger que le danger soit transmis à l’utilisateur final pour que les frais associés à son élimination puissent être recouverts. En l’espèce, les franchisés n’ont pas été eux-mêmes directement exposés au danger que représentaient les produits de Maple Leaf, mais les frais de décontamination ou d’élimination qu’ils ont engagés pour protéger les consommateurs du danger devraient pouvoir être recouverts, et ce, pour une raison de sécurité semblable à celle exposée dans l’arrêt *Winnipeg Condominium* et dans les motifs du juge Laskin dans *Rivtow*. D’ailleurs, l’obligation que Maple Leaf n’a pas contestée et à laquelle elle est toujours tenue en vertu de l’ordonnance de la Cour d’appel — et qui vise les frais de décontamination et d’élimination engagés par les franchisés — trouve appui dans cette logique.

[128] Or, s’il est vrai que les frais engagés par les franchisés pour éliminer le danger pourraient relever d’une obligation au titre de cette catégorie de perte financière, l’essentiel de leur réclamation n’est pas visé par la catégorie. Les pertes financières réclamées en l’espèce découlent en grande partie du fait que les franchisés ont longtemps été associés à des produits

of policy considerations that has not been worked through in the case law dealing with this category of economic loss.

[129] I therefore find that the category of negligent supply of shoddy goods has little value as an analytical tool. But the fact that there are differences between the franchisees' circumstances and those in *Rivtow* and *Winnipeg Condominium* does not erect a barrier to the franchisees establishing a duty. Instead, it is more constructive to recognize that the franchisees' claim engages novel issues that should be considered through a novel duty of care analysis.

C. *Novel Duty of Care*

[130] As discussed above, "Canadian law recognizes that new categories where a duty of care is recognized may be established" by applying the analysis set out in *Anns* and *Cooper (Design Services)*, at para. 26). Here, Maple Leaf knowingly acted as an exclusive supplier of products integral to and closely associated with the franchisees' businesses. Under these circumstances, Maple Leaf owed the franchisees a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods.

(1) Stage One: Prima Facie Duty of Care

(a) *Foreseeability*

[131] As mentioned, "[t]he usual indication of proximity is foreseeability" (*Design Services*, at para. 49), and foreseeability can therefore be a useful starting point in assessing whether a novel duty of care exists. The reasonable foreseeability inquiry

dangereux. Ces pertes font appel à des considérations de politique différentes dont il n'a pas été traité dans la jurisprudence relative à cette catégorie de perte financière.

[129] Je conclus donc que la catégorie de la fourniture négligente de marchandises de mauvaise qualité a peu de valeur en tant qu'outil d'analyse. Cependant, les différences qu'il y a entre la situation des franchisés et celle en cause dans les affaires *Rivtow* et *Winnipeg Condominium* n'empêchent pas les franchisés d'établir l'existence d'une obligation. Au contraire, il est plus constructif de reconnaître que l'action des franchisés soulève de nouvelles questions qui devraient être examinées dans le cadre d'une analyse concernant une nouvelle obligation de diligence.

C. *Nouvelle obligation de diligence*

[130] Comme nous l'avons vu précédemment, « le droit canadien reconnaît la possibilité d'établir de nouvelles catégories donnant naissance à une obligation de diligence » en appliquant l'analyse exposée dans les arrêts *Anns* et *Cooper (Design Services)*, par. 26). Dans la présente affaire, Maple Leaf a en toute connaissance de cause agi en tant que fournisseur exclusif de produits qui faisaient partie intégrante des activités des franchisés et étaient étroitement associés à celles-ci. Dans les circonstances, Maple Leaf avait envers les franchisés l'obligation d'agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu'aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits.

(1) Première étape : obligation de diligence prima facie

a) *Prévisibilité*

[131] Comme nous l'avons vu, « [l]'indice habituel du lien de proximité est la prévisibilité » (*Design Services*, par. 49), et la prévisibilité peut donc constituer un point de départ utile lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe une nouvelle obligation de diligence.

requires the court to ask whether the type of injury to the plaintiff, or to a class of persons to which the plaintiff belongs, was reasonably foreseeable to someone in the defendant's position (*Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587, at paras. 24, 26 and 53, per Karakatsanis J., and para. 77, per Brown J., dissenting). The question is thus whether someone in Maple Leaf's position would reasonably have foreseen economic loss to the franchisees, or the class of plaintiffs to which they belong, as a result of their negligence. In my view, the answer is "yes".

[132] Maple Leaf had been in a commercial relationship with Mr. Sub since 1989. When it entered into the 2005 food service partnership agreement as an exclusive supplier for Mr. Sub, it knew that Mr. Sub operated in a franchise structure. The partnership agreement made multiple references to Maple Leaf providing its "superior" customer service to Mr. Sub's franchisees and Maple Leaf knew that it was the *franchisees* that would actually use the product and put it into the market for consumption.

[133] Importantly, Maple Leaf also knew about the centrality of its products to the franchisees' business: the national account manager was aware that these meats were an integral and essential part of the franchisees' business and that the quality of the meats supplied by Maple Leaf was essential to maintaining the franchisees' goodwill and reputation. Indeed, the importance of such meats to the franchisees' business is evident given that a Mr. Sub restaurant was primarily known as a place to purchase deli-style submarine sandwiches *with ready-to-eat meats*.

[134] It was thus foreseeable that the franchisees would be identified as a public-facing retailer of potentially tainted meats while the meats posed a real danger to public health. I agree with Leitch J. that it was "reasonable, appropriate, and foreseeable for consumers to avoid buying food from a

L'examen de la prévisibilité raisonnable exige que le tribunal se demande si le type de préjudice subi par le demandeur, ou par la catégorie de personnes à laquelle il appartient, était raisonnablement prévisible pour une personne se trouvant dans la situation du défendeur (*Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587, par. 24, 26 et 53, la juge Karakatsanis, et par. 77, le juge Brown, dissident). La question est donc de savoir si une personne se trouvant dans la situation de Maple Leaf aurait pu raisonnablement prévoir la perte financière subie par les franchisés, ou par la catégorie de demandeurs à laquelle ils appartiennent, en raison de sa négligence. À mon avis, la réponse est « oui ».

[132] Maple Leaf était engagée dans une relation commerciale avec Mr. Sub depuis 1989. En 2005, lorsqu'elle a conclu le contrat d'association en matière de service alimentaire en tant que fournisseur exclusif de Mr. Sub, elle savait que ce dernier exerçait ses activités dans une structure de franchise. Le contrat d'association faisait plusieurs fois mention du service à la clientèle [TRADUCTION] « de qualité supérieure » que Maple Leaf offrait aux franchisés de Mr. Sub, et Maple Leaf savait que c'étaient les *franchisés* qui utiliseraient en fait le produit et le mettraient en vente pour consommation.

[133] Fait important, Maple Leaf savait aussi que ses produits étaient au cœur des activités des franchisés : le responsable de la gestion nationale des comptes savait que ces viandes faisaient partie intégrante et constituaient un élément essentiel des activités des franchisés, et que la qualité des viandes fournies par Maple Leaf était essentielle au maintien de l'achalandage et de la réputation des franchisés. D'ailleurs, l'importance de ces viandes pour l'entreprise des franchisés est évidente, car les restaurants Mr. Sub étaient surtout connus comme un endroit où acheter des sous-marins style-déli *garnis de viandes prêtes à manger*.

[134] Il était donc prévisible que les franchisés seraient considérés comme des détaillants qui vendaient au grand public des viandes susceptibles d'être contaminées alors que ces viandes posaient un véritable danger pour la santé publique. Je suis d'accord avec la juge Leitch pour dire qu'il était

restaurant where there had been a food recall arising from problems in the plant of its meat supplier which were not ‘resolved’ for a relatively significant period of time” (S.C.J. reasons, at para. 48 (A.R., vol. I, at p. 56)). In my view, it was reasonably foreseeable to someone in Maple Leaf’s position that negligence in producing its meats would inflict economic harm on the Mr. Sub franchisees or the class of plaintiffs to which they belong — franchisees who were required to exclusively use some of the meats for products essential to their business.

(b) *Proximity*

[135] Reasonable foreseeability of harm “must be supplemented by proximity” (*Cooper*, at para. 31). In assessing proximity, the overarching question is whether the parties are in such a “‘close and direct’ relationship that it would be ‘just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law’” (*Livent*, at para. 25, quoting *Cooper*, at paras. 32 and 34; see also *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 25). The factors to assess that relationship “are diverse and depend on the circumstances of each case” (*Livent*, at para. 29), but include the “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*Rankin’s Garage*, at para. 23, quoting *Cooper*, at para. 34). In my view, there was a proximate relationship between Maple Leaf and the franchisees such that Maple Leaf “may be said to [have been] under an obligation to be mindful” of the franchisees’ interests (*Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24).

[136] Many products reach Canadian consumers through supply chains with multiple participants, which may be far-reaching and involve little to no contact between the suppliers and sellers down the line. However, when a manufacturer knows that it is the exclusive supplier of a product that is integral to and identified with its recipient, a franchisee whose relationship with the supplier is dictated by

[TRADUCTION] « raisonnable, justifié et prévisible que les consommateurs évitent d’acheter de la nourriture d’un restaurant visé par un rappel d’aliments en raison de problèmes dans l’usine de son fournisseur de viandes qui n’ont pas été “réglés” pendant une assez longue période » (motifs de la C.S.J., par. 48 (d.a., vol. I, p. 56)). À mon avis, il était raisonnablement prévisible pour une personne dans la situation de Maple Leaf qu’une négligence dans la production de ses viandes entraînerait un préjudice financier pour les franchisés de Mr. Sub, ou la catégorie de demandeurs à laquelle ils appartiennent — des franchisés qui étaient tenus d’utiliser exclusivement certaines de ces viandes pour des produits essentiels à leur entreprise.

b) *Lien de proximité*

[135] La prévisibilité raisonnable du préjudice « doit se doubler de la proximité » (*Cooper*, par. 31). Dans l’examen du lien de proximité, la question primordiale est de savoir si le lien entre les parties est à ce point « “étroit et direct” qu’il serait, “vu ce lien, [. . .] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence” » (*Livent*, par. 25, citant *Cooper*, par. 32 et 34; voir aussi *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 25). Les facteurs servant à évaluer ce lien sont « variés et [. . .] dépendent des circonstances de l’affaire » (*Livent*, par. 29), mais incluent « [l]es attentes, [l]es déclarations, [. . .] la confiance, [l]es biens en cause et [l]es autres intérêts en jeu » (*Rankin’s Garage*, par. 23, citant *Cooper*, par. 34). À mon avis, il existait un lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés, si bien qu’on « peut affirmer que [Maple Leaf] [était] tenu[e] de se soucier » des intérêts des franchisés (*Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24).

[136] De nombreux produits se retrouvent entre les mains des consommateurs canadiens par l’entremise de chaînes d’approvisionnement aux multiples participants, qui peuvent être très étendues et comporter peu ou pas de contacts entre les fournisseurs et les vendeurs qui sont au bout de la chaîne. Toutefois, lorsqu’un fabricant sait qu’il est le fournisseur exclusif d’un produit qui est indispensable à son

its franchisor, the expectations and the dependency between the parties shift.

[137] As discussed above, Maple Leaf entered into its foodservice partnership agreement with almost two decades of experience working with Mr. Sub, knowing that Mr. Sub operated in a franchise structure. By contracting with Mr. Sub, Maple Leaf also entered into a relationship with the franchisees. Indeed, the central purpose of this partnership agreement was to provide franchisees with Maple Leaf meats.

[138] Various features of the partnership agreement point towards a proximate relationship between Maple Leaf and the franchisees. First, with Maple Leaf acting as Mr. Sub's exclusive supplier for 14 core menu items under the agreement, Mr. Sub's franchisees were bound to rely on Maple Leaf for a number of these meats. Second, the partnership agreement required Mr. Sub to purchase at least 5,000,000 lbs of Maple Leaf product annually, and this target could only be met by having the franchisees purchase Maple Leaf products. The Mr. Sub account was large enough that some of Maple Leaf's meats were delivered in boxes specifically labelled as a "Mr. Sub" product. Third, under the agreement Maple Leaf agreed to provide equipment support for panini grills, which Maple Leaf understood would be used by the franchisees in their restaurants. Finally, in outlining Maple Leaf's obligation to provide Mr. Sub with "superior" customer service, the partnership agreement made several references to supporting franchisees directly. This included a dedicated phone hotline for franchisees and "Direct Franchisee contact", which would allow the franchisees to communicate their concerns and inquiries about product ingredients, handling, storage and quality with Maple Leaf directly in order to receive a "[f]ast, accurate and timely" response (A.R., vol. II, at p. 15).

destinataire et qui est associé à son nom — un franchisé dont le lien avec le fournisseur est imposé par son franchiseur —, les attentes et la dépendance entre les parties changent.

[137] Comme nous l'avons vu, Maple Leaf a conclu son contrat d'association en matière de service alimentaire après avoir travaillé pendant près de deux décennies avec Mr. Sub, tout en sachant que cette entreprise exerçait ses activités dans une structure de franchise. En signant un contrat avec Mr. Sub, Maple Leaf a aussi établi un lien avec les franchisés. D'ailleurs, le principal objectif de ce contrat d'association était de fournir des viandes Maple Leaf aux franchisés.

[138] Différents éléments du contrat d'association dénotent un lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés. Premièrement, comme Maple Leaf était le fournisseur exclusif de Mr. Sub pour ce qui est de 14 éléments principaux inscrits au menu, les franchisés de Mr. Sub étaient obligés de s'en remettre à elle pour plusieurs de ces viandes. Deuxièmement, Mr. Sub devait acheter annuellement au moins 5 000 000 de livres de produits Maple Leaf et ne pouvait atteindre cet objectif qu'en faisant en sorte que les franchisés achètent des produits Maple Leaf. Le compte de Mr. Sub était assez important pour que certaines des viandes Maple Leaf soient livrées dans des boîtes portant une étiquette de produits « Mr. Sub ». Troisièmement, Maple Leaf consentait à offrir une aide financière pour permettre aux franchisés de s'équiper de grils à paninis qui, selon ce qu'elle avait compris, seraient utilisés par ceux-ci dans leur restaurant. Enfin, afin de souligner l'obligation qu'avait Maple Leaf de fournir à Mr. Sub un service à la clientèle [TRADUCTION] « de qualité supérieure », il était fait plusieurs fois mention de l'appui que l'entreprise offrait directement aux franchisés. Maple Leaf offrait notamment un service d'assistance téléphonique à l'intention des franchisés et un « contact direct avec le franchisé », ce qui permettait aux franchisés de communiquer directement à Maple Leaf leurs préoccupations et demandes de renseignements au sujet des ingrédients, de la manutention, de l'entreposage et de la qualité d'un produit, et de pouvoir ainsi obtenir une réponse « rapide, précis[e] et en temps opportun » (d.a., vol. II, p. 15).

[139] The franchisees were clearly the actors that would be using and selling Maple Leaf's products, and were at the heart of Maple Leaf and Mr. Sub's contemplation in entering into the partnership agreement and providing for direct franchisee contact. In this context, Maple Leaf established a close relationship with the franchisees. And, unlike other retailers of Maple Leaf products who may have been at liberty to carry multiple brands of ready-to-eat meats, Mr. Sub franchisees were bound to use Maple Leaf meats exclusively *and* in a business that centred on such meats — placing them in a particularly dependent relationship with Maple Leaf. The effect of this arrangement was that Maple Leaf, as an approved supplier, and the franchisees, bound to use that supplier through an exclusivity agreement, were in a proximate relationship.

[140] My colleagues, however, suggest that proximity cannot be found between Maple Leaf and the franchisees because the franchisees could have foreseen and addressed their risk by contract, and in fact did. I disagree. The three-way contractual matrix between Maple Leaf, Mr. Sub and the franchisees only strengthens my conclusion that there is proximity.

[141] I agree that in cases involving pure economic loss, the contractual matrix linking the parties, if any, can be an important factor in finding a lack of proximity — either because the parties have already ordered their affairs in contract and are attempting to circumvent that ordering through tort law, or because the plaintiff could have, but failed to, protect itself in contract (see, e.g., *Norsk*, at pp. 1125-26, per La Forest J., dissenting, and pp. 1158-59, per McLachlin J.; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at paras. 26-27, per McLachlin J., dissenting in part, and paras. 114-23, per Iacobucci J.; *Martel Building*, at para. 106; *Design Services*, at paras. 54-56).

[142] In this case, however, I see no provision within the contractual matrix contemplating the types of economic losses that the franchisees claim

[139] Les franchisés étaient de toute évidence ceux qui utiliseraient et vendraient les produits Maple Leaf, et ceux à qui songeaient essentiellement Maple Leaf et Mr. Sub en concluant le contrat d'association et en offrant la possibilité d'un contact direct avec le franchisé. Dans ce contexte, Maple Leaf a établi un lien étroit avec les franchisés. De plus, contrairement à d'autres détaillants de produits Maple Leaf, qui avaient peut-être la liberté de vendre de nombreuses marques de viandes prêtes à manger, les franchisés de Mr. Sub étaient tenus d'utiliser exclusivement les viandes Maple Leaf *et* celles-ci étaient au centre de leur entreprise, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance particulière avec Maple Leaf. En raison de cette entente, il y avait un lien de proximité entre Maple Leaf, en tant que fournisseur approuvé, et les franchisés, tenus de s'approvisionner auprès de ce fournisseur aux termes d'un contrat d'exclusivité.

[140] Mes collègues, toutefois, suggèrent qu'il ne saurait y avoir de lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés parce que ces derniers auraient pu prévoir le risque auquel ils étaient exposés et y parer par contrat, et qu'effectivement, ils l'ont fait. Je ne suis pas d'accord. Le cadre contractuel tripartite qui unit Maple Leaf, Mr. Sub et les franchisés vient seulement renforcer ma conclusion qu'il y a un lien de proximité.

[141] Je reconnais que dans les affaires de perte purement financière, le cadre contractuel qui unit les parties, s'il en existe un, peut être un facteur important pour conclure à l'absence de lien de proximité — soit parce que les parties ont déjà organisé leurs affaires par contrat et tentent de contourner cette organisation au moyen de la responsabilité délictuelle, soit parce que le demandeur aurait pu, mais ne l'a pas fait, se protéger par contrat (voir, p. ex., *Norsk*, p. 1125-1126, le juge La Forest, dissident, et p. 1158-1159, la juge McLachlin; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 26-27, la juge McLachlin, dissidente en partie, et par. 114-123, le juge Iacobucci; *Martel Building*, par. 106; *Design Services*, par. 54-56).

[142] Dans l'affaire qui nous occupe, toutefois, je ne vois aucune disposition du cadre contractuel qui envisage les types de pertes financières que les

or suggesting that the parties had already allocated the risk of those losses. The question is “what the plaintiff has accepted as limits on [their] tort rights”, since a contractual matrix that is genuinely silent on the specific issue at hand would not preclude finding a duty of care (J. Stapleton, “Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda” (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249, at p. 287). Under the franchise agreement, Mr. Sub was explicitly not liable to the franchisees for “any direct or indirect loss or damage due to any delay in delivery, or inaccurate or incomplete shipments” of its mandatory products (A.R., vol. II, at p. 110). No provision addressed recovery for losses or damages arising from unfit or unsafe shipments.

[143] The franchisees did have the option to request to purchase ingredients from another source, subject to Mr. Sub’s “absolute right to disapprove” within a 30-day timeline and the franchisees paying the costs for that approval process. I would note that, in light of the minimum supply requirement agreed to by Mr. Sub, approval of such requests would likely not have been commonplace. In any event, Leitch J. found that the franchisees are not claiming damages for the non-supply of Maple Leaf product — rather, their claim is based on a duty relating to their association with unsafe products.

[144] When considering whether the franchisees were able to, and should have, contractually protected themselves from the types of economic loss they claim, a realistic approach must be taken. In *Norsk*, for example, McLachlin J. considered various arguments to restrict recovery of economic loss and explained that “[t]he ‘contractual allocation of risk’ argument rests on a number of important, but questionable assumptions”, including that “all parties to a transaction share an equality of bargaining power which will result in the effective allocation of risk” (p. 1159). She later noted that the terms of a

franchisés réclament ou qui tend à indiquer que les parties ont déjà réparti le risque associé à ces pertes. La question est de savoir [TRADUCTION] « quelles sont les limites acceptées par le demandeur quant à ses droits en matière délictuelle », étant donné qu’un cadre contractuel qui est véritablement muet sur la question précise qui est en cause ne peut empêcher de conclure à l’existence d’une obligation de diligence (J. Stapleton, « Duty of Care and Economic Loss : a Wider Agenda » (1991), 107 *Law Q. Rev.* 249, p. 287). Le contrat de franchisage prévoit expressément que Mr. Sub n’est pas responsable [TRADUCTION] « de toute perte ou de tout dommage découlant directement ou indirectement d’un retard de livraison ou d’une livraison inexacte ou incomplète » de ses produits obligatoires (d.a., vol. II, p. 110). Aucune disposition ne porte sur l’indemnisation des pertes ou des dommages découlant d’une livraison de produits inadéquats ou dangereux.

[143] Les franchisés pouvaient demander à acheter des ingrédients auprès d’une autre source, sous réserve du [TRADUCTION] « droit absolu [de Mr. Sub] de ne pas approuver » l’autre source dans un délai de 30 jours et du paiement par les franchisés des frais liés à ce processus d’approbation. Je ferai remarquer que, compte tenu de la condition d’approvisionnement minimal à laquelle Mr. Sub avait consenti, l’approbation de telles demandes n’aurait probablement pas été monnaie courante. Quoiqu’il en soit, la juge Leitch a conclu que ce n’est pas pour la non-fourniture d’un produit Maple Leaf que les franchisés réclament des dommages-intérêts — leur action est plutôt fondée sur une obligation liée au fait qu’ils ont été associés à des produits dangereux.

[144] Pour déterminer si les franchisés pouvaient, et auraient dû, se protéger contractuellement contre les types de perte financière qu’ils réclament, une approche réaliste doit être adoptée. Dans l’arrêt *Norsk*, par exemple, la juge McLachlin a examiné différents arguments visant à restreindre l’indemnisation des pertes financières et a expliqué que « [l]’argument de la “répartition contractuelle du risque” repose sur un certain nombre d’hypothèses importantes, mais contestables », notamment que « toutes les parties à une opération partagent un pouvoir de négociation égal qui entraînera la répartition réelle du risque »

contract are an important consideration in determining whether economic loss is recoverable but that “the contract may tell only part of the story between the parties” (p. 1164). While La Forest J. dissented in the result in that case, he nevertheless agreed that “[i]nequality of bargaining power is in fact only one of a number of reasons why contract may not be a real alternative in a given case” (p. 1125; see also *Bow Valley Husky*, at para. 69, per McLachlin J., dissenting in part).

[145] An overly formalistic appeal to protection through contract therefore risks failing to take into account the parties’ actual circumstances, including their commercial sophistication and bargaining power. There is a “rational distinction . . . between plaintiffs who do have *reasonably available* avenues of protection and those who do not” — a distinction that “is more likely to hinge on issues of bargaining power than on privity” (Stapleton, at p. 292 (emphasis in original); see also C. F. Stychin, “The Vulnerable Subject of Negligence Law” (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337, at pp. 346-48). If a plaintiff’s contractual “ability” to allocate risk is illusory, relief in tort may be arbitrarily and unfairly foreclosed. Thus, if the contractual allocation of risk is to be relied on to find that proximity does not exist, courts must ask: was the plaintiff *actually able* to allocate for *this* risk?

[146] I would conclude that the answer to that question is clearly “no” in this case.

[147] With no access to contractual privity with Maple Leaf, the franchisees contracted with their franchisor, Mr. Sub. Importantly, “the relationship between a franchisor and franchisee is one of vulnerability for the franchisee”, stemming from a fundamental power imbalance (*Addison Chevrolet Buick GMC Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2016

(p. 1159). Elle a plus loin souligné que les modalités d’un contrat constituent un facteur important lorsqu’il s’agit de déterminer si une perte financière est indemnisable, mais qu’« il se peut que le contrat ne révèle qu’une fraction de ce qui s’est passé entre les parties » (p. 1164). Bien que le juge La Forest ait exprimé sa dissidence quant au résultat dans cette affaire, il a néanmoins convenu que « [I]’inégalité du pouvoir de négociation est, en fait, une seule parmi un certain nombre de raisons pour lesquelles le contrat ne peut pas constituer une véritable solution de rechange dans une affaire donnée » (p. 1125; voir aussi *Bow Valley Husky*, par. 69, la juge McLachlin, dissidente en partie).

[145] En appeler de façon trop formaliste à la protection contractuelle risque donc de ne pas tenir compte de la situation véritable des parties, notamment leur expérience commerciale et leur pouvoir de négociation. Il existe une [TRADUCTION] « distinction rationnelle [. . .] entre les demandeurs qui ont des moyens de protection *raisonnablement accessibles* et ceux qui n’en ont pas » — une distinction qui « est plus susceptible de dépendre de questions de pouvoir de négociation que d’un lien contractuel » (Stapleton, p. 292 (en italique dans l’original); voir aussi C. F. Stychin, « The Vulnerable Subject of Negligence Law » (2012), 8 *Intl. J. L. Context* 337, p. 346-348). Si la « capacité » du demandeur de répartir contractuellement le risque est illusoire, il pourrait être privé de façon arbitraire et injuste d’une réparation fondée sur la responsabilité délictuelle. En conséquence, s’il faut s’appuyer sur la répartition contractuelle du risque pour conclure à l’absence de lien de proximité, les tribunaux doivent se poser la question suivante : le demandeur était-il *vraiment capable* de répartir *ce* risque?

[146] Je conclurais que la réponse à cette question est clairement « non » dans la présente affaire.

[147] Sans bénéficier d’un lien contractuel avec Maple Leaf, les franchisés ont conclu un contrat avec leur franchiseur, Mr. Sub. Il importe de rappeler que [TRADUCTION] « la relation entre un franchiseur et un franchisé est une relation de vulnérabilité pour le franchisé », en raison du déséquilibre fondamental des forces en présence (*Addison Chevrolet Buick*

ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161, at para. 64). Put simply, “it is unusual for a franchisee to be in the position of being equal in bargaining power to the franchisor” (*Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), at para. 66; see also *2176693 Ontario Ltd. v. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, at paras. 38 and 56).

[148] Under a franchise arrangement, the franchisor grants the franchisee the right to sell, offer for sale or distribute goods or services that are associated with the franchisor. Given their unique and typically well-established brand or operating structure, franchisors like Mr. Sub tend to already be in a position of power when encountering those who are seeking to operate one of their franchises, who are also often entering business for the first time (J. Sotos and F. Zaid, “Status Report on National Franchise Law Project”, August 2002 (online)); F. Zaid, “Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect” (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77, at p. 98). This inequality has been of concern for some time, with the Ontario government commissioning a report approximately 50 years ago detailing the implications of the franchisee-franchisor relationship and identifying potential areas for regulation to attenuate the effects of this inequality (see Department of Financial and Commercial Affairs, *Report of the Minister’s Committee on Franchising* (1971)). In light of this power imbalance, franchise legislation across most of Canada now entitles franchisees to greater financial disclosure during the contracting process (including Ontario’s *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure)*, 2000, S.O. 2000, c. 3), thereby alleviating some of the informational disparity between the franchisee and franchisor.

[149] The fact remains, however, that franchisees are generally unable to negotiate more favourable terms to govern their relationship with the franchisor. The franchise agreement is usually a contract of adhesion, drafted by the stronger party and “whose main provisions are presented on a ‘take it or leave it

GMC Ltd. c. General Motors of Canada Ltd., 2016 ONCA 324, 130 O.R. (3d) 161, par. 64). En termes simples, [TRADUCTION] « il est rare qu’un franchisé ait un pouvoir de négociation égal à celui du franchisseur » (*Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), par. 66; voir aussi *2176693 Ontario Ltd. c. Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152, 124 O.R. (3d) 776, par. 38 et 56).

[148] Dans une entente de franchisage, le franchiseur accorde au franchisé le droit de vendre, d’offrir en vente ou de distribuer des biens ou des services qui sont associés au franchiseur. À cause de sa marque ou de sa structure opérationnelle particulière et habituellement bien établie, un franchiseur comme Mr. Sub est généralement déjà dans une position de force lorsqu’il rencontre ceux qui souhaitent exploiter une de ses franchises et qui, souvent, se lancent en affaires pour la première fois (J. Sotos et F. Zaid, « État d’avancement du projet national sur le droit des franchises », août 2002 (en ligne); F. Zaid, « Manitoba’s New Franchises Act — Something Old, Something New — What to Expect » (2013), 13 *Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L.* 77, p. 98). Cette inégalité soulève des inquiétudes depuis un certain temps, le gouvernement de l’Ontario ayant d’ailleurs commandé, il y a environ 50 ans, un rapport exposant les conséquences de la relation de franchisage et cernant les domaines possibles de réglementation de façon à pouvoir atténuer les effets de cette inégalité (voir Department of Financial and Commercial Affairs, *Report of the Minister’s Committee on Franchising* (1971)). En raison de ce déséquilibre des forces en présence, les lois en matière de franchise de presque partout au Canada donnent maintenant aux franchisés le droit à une plus grande divulgation de renseignements financiers durant le processus contractuel (dont la *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, c. 3), ce qui permet de réduire une partie de l’écart informationnel entre le franchisé le franchiseur.

[149] Le fait demeure, cependant, que les franchisés sont en général incapables de négocier des conditions plus favorables régissant leur relation avec le franchiseur. Le contrat de franchisage est habituellement un contrat d’adhésion, rédigé par la partie qui est en position de force et [TRADUCTION]

basis” with no prospect for negotiation (*Shelanu*, at para. 58; see also J. C. Lisus and A. Ship, “Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements” (2010), 49 *Can. Bus. L.J.* 113; S. Waddams, “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475). Indeed, this Court has highlighted the manner in which contracts of adhesion can exacerbate vulnerability and inequality of bargaining power in other contexts (see *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, at para. 89; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at paras. 52-57, per Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., and paras. 98 and 114-16, per Abella J.). Further, the power imbalance that characterizes the start of the franchisor-franchisee contractual relationship continues to affect the relationship long after. Franchisors demand and exercise significant control over the operation and decisions of the franchisees, and thereby deeply affect the success of their businesses (2176693 *Ontario Ltd.*, at para. 38; *Shelanu*, at para. 66).

[150] These trends, well-known for decades, are borne out in this case: the appellant’s franchise agreement was a standard form agreement that was common to all Mr. Sub franchisees and no negotiations were held when the agreement was renewed. The franchisees’ vulnerability was sustained throughout their relationship with Mr. Sub. The prospect of protecting themselves by contract was essentially illusory for the franchisees and placed them in a particularly dependent and vulnerable relationship with Maple Leaf, their franchisor’s longstanding, exclusive business partner who supplied products integral to the identity and operation of their business.

[151] In my view, the fact that this power imbalance and loss of control is widespread in the franchise context does not make it any less acute or justify dismissing it. Nor does it change that the franchisees were, for all intents and purposes, unable to protect themselves from the very loss they allege. The fact that there was a mutual exchange of

« dont les principales clauses sont présentées comme étant “à prendre ou à laisser” », sans possibilité de négociation (*Shelanu*, par. 58; voir aussi J. C. Lisus et A. Ship, « Restrictions on Unilateral Termination of Franchise Agreements » (2010), 49 *Rev. can. dr. comm.* 113; S. Waddams, « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475). D’ailleurs, notre Cour a souligné de quelle manière les contrats d’adhésion pouvaient exacerber la vulnérabilité et l’inégalité du pouvoir de négociation dans d’autres contextes (voir *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 89; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 52-57, les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon, et par. 98 et 114-116, la juge Abella). En outre, le déséquilibre des forces qui caractérise le début de la relation contractuelle entre le franchiseur et le franchiseé continue de faire sentir ses effets pendant longtemps sur la relation. Les franchiseurs exigent et exercent un contrôle important sur les activités et les décisions des franchiseés, et influent profondément sur le succès de leur entreprise (2176693 *Ontario Ltd.*, par. 38; *Shelanu*, par. 66).

[150] Ces tendances, bien connues depuis des décennies, sont confirmées en l’espèce : le contrat de franchisage de l’appelante était un contrat type utilisé pour tous les franchiseés de Mr. Sub, et son renouvellement n’était précédé d’aucune négociation. Les franchiseés étaient maintenus dans une position de vulnérabilité tout au long de leur relation avec Mr. Sub. La possibilité de se protéger par contrat était pour eux essentiellement illusoire, ce qui les plaçait dans un rapport de dépendance et de vulnérabilité particulières avec Maple Leaf, le partenaire commercial exclusif et de longue date de leur franchiseur, qui leur fournissait les produits qui faisaient partie intégrante de l’identité et de l’exploitation de leur entreprise.

[151] À mon avis, ce n’est pas parce que ce déséquilibre des forces et cette perte de contrôle sont très répandus dans le contexte du franchisage qu’ils sont moins graves ou qu’il est justifié de les ignorer. Cela ne change rien non plus au fait que les franchiseés étaient, en pratique, incapables de se protéger contre la perte même qu’ils allèguent avoir subie. Que le

other benefits in the franchise agreement, including a favourable pricing scheme for the franchisees, does not change that the franchise agreement was silent on the risk at issue in this case. I therefore cannot interpret the franchise agreement to mean that the franchisees accepted a limit to their rights in tort for the loss at issue in this case.

[152] I would therefore find that, far from negating the proximity that I have already found to exist between Maple Leaf and the franchisees, this contractual matrix points to a particular dependency and proximity in their relationship. In the context of an almost twenty-year relationship, Maple Leaf knowingly operated as an exclusive supplier to a restaurant operating as a franchise — a business arrangement in which the franchisee typically has almost no power to bargain for contractual protection, either with the supplier or the franchisor. Compounding this vulnerability, the franchisees' businesses were unusually dependent on Maple Leaf because Mr. Sub is known for selling submarine sandwiches with ready-to-eat meats. This contractual matrix, the history between Maple Leaf and Mr. Sub, the franchisees' vulnerability and Maple Leaf's direct line of contact with the franchisees establish that Maple Leaf and the franchisees were in a close and direct relationship.

(c) *Scope of Prima Facie Duty of Care*

[153] The recoverable losses in this case depend on the content of the duty between Maple Leaf and the franchisees, taking into account both foreseeability and proximity. Leitch J. found that the contaminated meats posed a “foreseeable real and substantial danger” to consumer health and safety and that it was reasonably foreseeable for consumers to avoid purchasing from a restaurant where there had been a food recall arising from unresolved problems in its meat supplier's plant. The arrangement between Maple Leaf and the franchisees contemplated exclusive provision of safe products, a minimum purchase requirement and a close relationship and line of communication to deal with the franchisees' product

contrat de franchisage comporte un échange mutuel d'*autres* avantages, notamment un régime de prix favorable aux franchisés, ne change rien au fait que celui-ci est muet sur le risque en cause en l'espèce. Je ne puis donc l'interpréter comme signifiant que les franchisés ont accepté de limiter leurs droits en matière délictuelle pour la perte en cause en l'espèce.

[152] Je conclurais donc que, loin d'écartier le lien de proximité qui existe, comme je l'ai déjà conclu, entre Maple Leaf et les franchisés, ce cadre contractuel révèle l'existence d'un lien particulier de dépendance et de proximité dans leur relation. Dans le contexte d'une relation entretenue depuis près de vingt ans, Maple Leaf a en toute connaissance de cause agi comme fournisseur exclusif d'un restaurant exerçant ses activités dans une structure de franchise — une entente commerciale où le franchisé n'a habituellement presque aucun pouvoir de négocier une protection contractuelle, que ce soit avec le fournisseur ou avec le franchiseur. Cette vulnérabilité est exacerbée par le fait que les entreprises franchisées dépendaient de façon inhabituelle de Maple Leaf étant donné que Mr. Sub est connu pour vendre des sous-marins garnis de viandes prêtes à manger. Ce cadre contractuel, les antécédents de Maple Leaf et de Mr. Sub, la vulnérabilité des franchisés et la ligne de communication directe de Maple Leaf avec les franchisés montrent que Maple Leaf et les franchisés avaient entre eux un lien étroit et direct.

c) *Étendue de l'obligation de diligence prima facie*

[153] Les pertes susceptibles d'être indemnisées en l'espèce dépendent du contenu de l'obligation qui existe entre Maple Leaf et les franchisés, eu égard à la prévisibilité et au lien de proximité. La juge Leitch a conclu que les viandes contaminées présentaient un [TRADUCTION] « danger prévisible réel et important » pour la santé et la sécurité des consommateurs et qu'il était raisonnablement prévisible que ceux-ci évitent d'acheter des produits d'un restaurant qui était visé par un rappel d'aliments en raison de problèmes non réglés à l'usine de son fournisseur de viandes. L'entente liant Maple Leaf et les franchisés prévoyait un approvisionnement exclusif de produits sûrs, une condition d'achat minimal, ainsi

safety concerns directly instead of through the franchisor or the distributor. Since the proximity between Maple Leaf and the franchisees focused on the safety, handling and storage of specific products, so did Maple Leaf's duty: there was no duty on Maple Leaf's part to continuously supply its products, nor any expectation that Maple Leaf would take care to protect every aspect of the franchisees' short and long-term economic success. Maple Leaf's relationship of proximity to the franchisees did, however, contemplate the exclusive provision of a safe product that the parties understood to be integral to the franchisees' operations and identity.

[154] As a manufacturer, Maple Leaf already owed consumers the well-established duty to take care to produce safe products — a duty which in my view is aligned with its duty to the franchisees. Here, the exclusivity arrangement and the franchisees' unusually heightened dependence on Maple Leaf products set the franchisees apart from other retailers of Maple Leaf products, making them particularly susceptible to consumer concerns about product safety. In the context of this close and direct relationship, Maple Leaf, as manufacturer, was under a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods.

[155] I would therefore conclude that, subject to the other requirements of negligence being met, it is fair and just to hold Maple Leaf responsible for the franchisees' direct economic consequences of being associated with unsafe Maple Leaf products while they posed a danger to consumer health. The duty is tied to losses resulting from reasonable consumer responses to an identifiable public safety risk, so the franchisees should be able to recover losses that

qu'un rapport étroit et une ligne de communication permettant de répondre directement, plutôt que par l'entremise du franchiseur ou du distributeur, aux préoccupations des franchisés quant à l'innocuité des produits. Comme le lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés était axé sur l'innocuité, la manutention et l'entreposage de certains produits, il en allait de même de l'obligation de Maple Leaf : Maple Leaf n'avait pas d'obligation d'approvisionnement continu quant à ses produits, pas plus qu'on ne s'attendait d'elle qu'elle veille à protéger chacun des aspects du succès financier, à court et à long terme, des franchisés. Le lien de proximité entre Maple Leaf et les franchisés visait, toutefois, la fourniture exclusive d'un produit sûr qui, selon la compréhension des parties, faisait partie intégrante des activités et de l'identité des franchisés.

[154] En tant que fabricante, Maple Leaf avait déjà à l'égard des consommateurs l'obligation bien établie de veiller à l'innocuité de ses produits — une obligation qui, selon moi, correspond à celle à laquelle elle est tenue envers les franchisés. En l'espèce, l'entente d'exclusivité et la situation de dépendance exceptionnelle dans laquelle les franchisés se trouvaient par rapport aux produits de Maple Leaf font que les franchisés se distinguent des autres détaillants de produits Maple Leaf et qu'ils étaient donc plus particulièrement vulnérables aux préoccupations des consommateurs quant à l'innocuité des produits. Compte tenu de ce lien étroit et direct, Maple Leaf, en tant que fabricante, avait l'obligation d'agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu'aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits.

[155] Je conclurais donc que, pour autant qu'il soit satisfait aux autres exigences en matière de négligence, il est juste et équitable de tenir Maple Leaf responsable des conséquences financières directes qu'ont subies les franchisés pour avoir été associés aux produits dangereux de Maple Leaf alors qu'ils présentaient un danger pour la santé des consommateurs. Cette obligation étant liée aux pertes découlant de la réaction qu'aurait le consommateur

they experienced as a result of consumers reasonably avoiding a restaurant whose essential ingredients were potentially unsafe. In particular, Maple Leaf should be liable to compensate for the lost profits, sales, goodwill and capital value that the franchisees can prove were caused by reasonable consumer reaction to the risk Maple Leaf products posed to consumer health. Maple Leaf's liability should also extend to any special damages relating to clean up and disposal of the meats that the franchisees had to incur to safely handle the tainted products and mitigate the effects of Maple Leaf's breach.

[156] Having found that Maple Leaf owed the franchisees a *prima facie* duty of care, I turn to stage two of the *Anns/Cooper* test.

(2) Stage Two: Residual Policy Considerations

[157] In the second stage, the court considers residual policy considerations. These are not concerned with the relationship between the parties, “but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally” (*Cooper*, at para. 37). I do not believe that the policy considerations in this case should negate the *prima facie* duty of care I have concluded exists.

[158] Maple Leaf submits that imposing a tortious duty of care in this case would have a negative impact on the Canadian marketplace, in that manufacturers would be liable for the economic losses of anyone in their supply chain upon a recall and thereby risk indeterminate potential loss. I disagree that this duty would so disrupt the marketplace and raise the spectre of indeterminate liability for manufacturers. The value and temporal scopes of the franchisees' damages are limited to economic

raisonnable devant un risque discernable pour la sécurité du public, les franchisés devraient pouvoir être indemnisés des pertes qu'ils ont subies parce que les consommateurs se sont raisonnablement abstenus de fréquenter un restaurant où les ingrédients essentiels des produits servis étaient susceptibles d'être dangereux. En particulier, Maple Leaf devrait être tenue d'indemniser les pertes de profits, de ventes, de clientèle et de valeur en capital dont les franchisés sont capables de prouver qu'elles ont été causées par la réaction du consommateur raisonnable devant le risque que présentaient les produits Maple Leaf pour sa santé. La responsabilité de Maple Leaf devrait aussi s'étendre à tout dommage spécial lié à la décontamination et à l'élimination des viandes que les franchisés ont dû subir pour manipuler de façon sécuritaire les produits contaminés et atténuer les effets du manquement commis par Maple Leaf.

[156] Ayant conclu que Maple Leaf avait envers les franchisés une obligation de diligence *prima facie*, je passe à la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*.

(2) Deuxième étape : considérations de politique résiduelles

[157] À la deuxième étape, le tribunal se penche sur les considérations de politique résiduelles. Ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, « mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37). Je ne crois pas que, dans la présente affaire, les considérations de politique devraient écarter l'obligation de diligence *prima facie* qui, ai-je conclu, existe.

[158] Maple Leaf soutient que d'imposer une obligation de diligence en matière délictuelle en l'espèce aurait une incidence négative sur le marché canadien, en ce que les fabricants seraient responsables des pertes financières subies par quiconque fait partie de leur chaîne d'approvisionnement lors d'un rappel, et qu'ils seraient de ce fait exposés au risque d'être tenus responsables d'une perte indéterminée. Je ne suis pas d'accord pour dire que cette obligation perturberait ainsi le marché et soulèverait le spectre d'une

losses caused by reasonably foreseeable consumer responses to an identifiable safety concern about a particular type of product during a particular period of time. In my view, such a narrowly defined duty of care would remove the time and value indeterminacy that might otherwise arise for this type of claim. And, importantly, the class indeterminacy here is virtually eliminated. The duty does not capture any down-the-line merchant of Maple Leaf products, but rather a branded Mr. Sub restaurant in a context where Maple Leaf contracted with Mr. Sub. Put more generally, it captures franchisees bound to use an exclusive supplier for a product on which their business and identity is predicated.

[159] Maple Leaf suggests that the extent of a plaintiff's losses under a duty of care found on these facts would depend on media coverage or on how a particular product recall publicly unfolds. However, concerns about possible intervening causes or the "unusual or extreme reactions" of consumers in the face of a potentially unsafe product that are not already dealt with by the duty's internal limits are properly considered as issues of causation or remoteness (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 15). They are not convincing reasons to negate a *prima facie* duty of care.

[160] Indeed, finding a duty of care in these circumstances should not be conflated with a guarantee that every possible economic loss being claimed will survive the rigours of the remaining requirements of a negligence claim. A franchisee's claim that its business has collapsed due to an isolated and contained instance of manufacturer negligence will be met with proper scrutiny. Any award of damages will still be guided by the standard principles of negligence, such as the principle that a defendant need not

responsabilité indéterminée pour les fabricants. La valeur et la portée temporelle des dommages dont peuvent être indemnisés les franchisés se limitent aux pertes financières causées par la réaction raisonnablement prévisible des consommateurs devant une préoccupation discernable en ce qui a trait à l'innocuité d'un certain type de produit pendant une certaine période. À mon avis, une définition aussi étroite de l'obligation de diligence permet d'éliminer l'indétermination relative au temps et à la valeur qui pourrait autrement découler de ce type de réclamation. De plus, fait important, l'indétermination quant à la catégorie de demandeurs est ici pratiquement éliminée. L'obligation ne vise pas tout marchand qui au bout du compte vend les produits Maple Leaf, mais plutôt un restaurant Mr. Sub dans un contexte où Maple Leaf a conclu un contrat avec Mr. Sub. De façon plus générale, elle vise les franchisés qui sont liés à un fournisseur exclusif pour un produit sur lequel reposent leur entreprise et leur identité.

[159] Maple Leaf fait valoir que l'étendue des pertes subies par un demandeur au titre d'une obligation de diligence fondée sur ces faits dépendrait de la couverture médiatique ou de la façon dont le rappel d'un produit en particulier est rendu public. Cependant, les préoccupations soulevées quant à d'éventuelles causes intermédiaires ou aux « réactions inhabituelles ou extrêmes » des consommateurs devant un produit susceptible d'être dangereux que les limites intrinsèques de l'obligation n'ont pas encore dissipées sont à juste titre considérées comme des questions de causalité ou d'éloignement (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 15). Ce ne sont pas des raisons convaincantes d'écarter une obligation de diligence *prima facie*.

[160] En fait, la conclusion qu'il existe en l'espèce une obligation de diligence ne saurait être considérée comme garantissant que chacune des pertes financières possibles qui sont réclamées résistera aux rigueurs des autres exigences d'une action en négligence. L'allégation d'un franchisé selon laquelle son entreprise s'est effondrée à cause d'un cas isolé et maîtrisé de négligence d'un fabricant fera l'objet d'un examen approprié. Toute décision d'accorder des dommages-intérêts reposera toujours

place a plaintiff in a position better than its original position (*Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 32 and 35); that the plaintiff has an obligation to mitigate its losses (*Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at p. 163; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, at paras. 106-7); and that some losses that are factually caused by the defendant's negligence will be "too remote to be viewed as legally caused" by the defendant's negligence (*Mustapha*, at para. 18). What can ultimately be proven at trial will depend on the franchisees meeting these causal, mitigation and remoteness requirements.

[161] An additional policy consideration, raised by both Maple Leaf and the Court of Appeal, is the risk that imposing a duty of care will result in a chilling effect on manufacturers issuing voluntary recalls, and thus conflict with duties owed to consumers or with public health objectives more generally. I do not find this argument compelling.

[162] First, food recalls are highly regulated in Canada. Food operators are already obligated to notify the Minister of Agriculture and Agri-Food when their food presents a risk of injury to human health, and a voluntary recall may be initiated by a food operator or when the CFIA requests that the company "initiate a voluntary recall" (Canadian Food Inspection Agency, *How we decide to recall a food product* (online); see also Canadian Food Inspection Agency, *Recall procedure: A guide for food businesses* (online); *Safe Food for Canadians Regulations*, SOR/2018-108, s. 84). In defining the scope of the recall, the food operator must determine whether, in addition to the food that is directly affected, any other food is affected; if so, the food operator is directed by the CFIA to include that food in their recall as well (Canadian Food Inspection Agency (2018)). In exceptional cases, food operators can also be subject to mandatory recalls by the Minister where they are unwilling or unable to recall their product (*Canadian Food Inspection Agency*

sur les principes habituels de la négligence, comme ceux portant que le défendeur n'a pas à placer le demandeur dans une meilleure situation que celle dans laquelle il se trouvait au départ (*Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 32 et 35), que le demandeur a l'obligation d'atténuer ses pertes (*Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 163; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, par. 106-107), et que certaines pertes qui sont dans les faits causées par la négligence du défendeur seront « trop éloigné[es] pour être considéré[es], en droit, comme ayant été causé[es] » par la négligence du défendeur (*Mustapha*, par. 18). Ce qu'il sera possible de prouver en définitive au procès dépendra de la capacité des franchisés à satisfaire à ces conditions de causalité, d'atténuation et d'éloignement.

[161] Une autre considération de politique, soulevée à la fois par Maple Leaf et par la Cour d'appel, est le risque que l'imposition d'une obligation de diligence ait un effet paralysant sur les fabricants qui procèdent à des rappels volontaires, et que cette obligation entre ainsi en conflit avec les obligations envers les consommateurs ou, plus généralement, avec les objectifs de santé publique. Cet argument ne me convainc pas.

[162] Premièrement, les rappels d'aliments sont très réglementés au Canada. Les exploitants d'entreprises alimentaires sont déjà tenus d'aviser le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire lorsque leurs aliments présentent un risque de préjudice pour la santé humaine, et un exploitant d'entreprise alimentaire peut procéder à un rappel volontaire ou il peut y avoir un tel rappel lorsque l'ACIA demande à l'entreprise « de procéder à un rappel volontaire » (Agence canadienne d'inspection des aliments, *Comment nous décidons de procéder au rappel d'un produit alimentaire* (en ligne); voir également Agence canadienne d'inspection des aliments, *Procédure de rappel : Guide à l'intention des entreprises alimentaires* (en ligne); *Règlement sur la salubrité des aliments au Canada*, DORS/2018-108, art. 84). En définissant la portée du rappel, l'exploitant d'entreprise alimentaire doit déterminer si, en plus des aliments qui sont directement touchés, d'autres aliments sont touchés; dans l'affirmative, l'ACIA exige que l'exploitant d'entreprise

Act, S.C. 1997, c. 6, s. 19). In light of this scheme, it is inaccurate to suggest that a manufacturer independently determines the need for, or scope of, a recall. Indeed, even when a recall is voluntary, the CFIA exercises oversight over the recall to “ensure that recall activities are sufficient to the risk posed to consumers” (Canadian Food Inspection Agency (2018); see also Canada, *Report of the Independent Investigator into the 2008 Listeriosis Outbreak* (online)). Imposing a duty will not result in a chilling effect on voluntary recalls, nor will it result in manufacturers issuing recalls that do not fully protect the health and safety of consumers.

[163] Second, voluntary recalls actually *help* negligent manufacturers to mitigate losses caused by risky products. If a negligent manufacturer declined to recall its products and obscured their potential danger, for example, and a franchisee’s customer suffered an injury or died as a result, then the manufacturer’s liability to both that customer and the franchisees for their economic losses would presumably be *more* extensive than its liability had it issued the recall. The notion that a duty would pull manufacturers in different directions here is not convincing.

[164] As a result, none of these residual policy considerations are sufficiently persuasive to oust or negate the *prima facie* duty of care on Maple Leaf in this case. I therefore find that Maple Leaf owed the franchisees a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods.

alimentaire inclue également ces aliments dans son rappel (Agence canadienne d’inspection des aliments (2018)). Dans des cas exceptionnels, le ministre peut ordonner un rappel obligatoire lorsque l’exploitant d’entreprise alimentaire refuse ou n’est pas en mesure de rappeler son produit (*Loi sur l’Agence canadienne d’inspection des aliments*, L.C. 1997, c. 6, art. 19). Compte tenu de ce régime, il est inexact de suggérer qu’un fabricant détermine de façon indépendante la nécessité, ou la portée, d’un rappel. D’ailleurs, même dans les cas de rappel volontaire, l’ACIA exerce une surveillance sur le rappel afin de « veiller à ce que les activités de rappel soient au minimum proportionnelles aux risques encourus par les consommateurs » (Agence canadienne d’inspection des aliments (2018); voir également Canada, *Rapport de l’Enquêteur indépendante sur l’écllosion de listériose de 2008* (en ligne)). L’imposition d’une obligation n’aura pas d’effet paralysant sur les rappels volontaires, et n’entraînera pas non plus de rappels par les fabricants qui ne protègent pas pleinement la santé et la sécurité des consommateurs.

[163] Deuxièmement, les rappels volontaires *aident* en fait les fabricants négligents à atténuer les pertes causées par les produits dangereux. Si, par exemple, un fabricant négligent refusait de rappeler ses produits et en dissimulait le danger potentiel, et que de ce fait le client d’un franchisé subissait un préjudice ou mourait, alors la responsabilité du fabricant envers ce client et envers les franchisés pour les pertes financières qui en découleraient serait probablement *plus* grande que celle qu’il aurait eue s’il avait lancé un rappel. L’idée que l’imposition d’une obligation pourrait amener les fabricants à agir autrement n’est pas en l’espèce convaincante.

[164] Par conséquent, aucune de ces considérations de politique résiduelles n’est suffisamment convaincante pour écarter l’obligation de diligence *prima facie* incombant à Maple Leaf dans la présente affaire. Je conclus donc que Maple Leaf avait envers les franchisés l’obligation d’agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu’aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits.

[165] In my view, there is minimal utility at this time in labelling the category of recovery for pure economic loss in negligence under which this duty falls. The existing categories originated from an attempt to classify cases in which courts had previously addressed the question of recovery for pure economic loss in negligence, and to consider whether certain situations “may invite different [analytical] approaches” to recovery for pure economic loss (*Norsk*, at pp. 1048-49, per La Forest J., dissenting). Such an exercise is better taken retrospectively than prospectively.

V. Conclusion

[166] There was no appeal from the Court of Appeal’s order that the franchisees were owed a duty of care by Maple Leaf with respect to their claim for clean-up costs and other costs related to the disposal, destruction and replacement of ready-to-eat meats.

[167] I find that Maple Leaf owed the franchisees a duty to take reasonable care not to place unsafe goods into the market that could cause economic loss to the franchisees as a result of reasonable consumer response to the health risk posed by those goods. The franchisees’ economic losses, including lost profits, sales, goodwill and capital value, as well as any special damages related to removing those potentially unsafe goods, may be recoverable upon proving the other requirements of their claim in negligence.

[168] I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and reinstate the summary judgment order of the Superior Court regarding the duty of care owed by Maple Leaf to the franchisees, with costs throughout.

[165] À mon avis, il n’est guère utile à l’heure actuelle d’étiqueter la catégorie d’indemnisation pour perte purement financière causée par négligence dont relève cette obligation. Les catégories existantes sont issues d’une tentative en vue de classer les affaires où les tribunaux se sont déjà penchés sur la question de l’indemnisation d’une perte purement financière causée par négligence, et de se demander si certaines situations « peuvent commander différentes [méthodes d’analyse] » en ce qui a trait à l’indemnisation d’une perte purement financière (*Norsk*, p. 1049, le juge La Forest, dissident). Il est préférable d’adopter une approche rétrospective plutôt que prospective dans le cadre d’un tel exercice.

V. Conclusion

[166] Il n’a pas été interjeté appel de l’ordonnance de la Cour d’appel selon laquelle Maple Leaf avait envers les franchisés une obligation de diligence pour ce qui est de leur réclamation visant les frais de décontamination et autres frais liés à l’élimination, à la destruction et au remplacement des viandes prêtes à manger.

[167] J’estime que Maple Leaf avait envers les franchisés l’obligation d’agir avec diligence raisonnable afin de ne pas mettre sur le marché des produits dangereux susceptibles de causer aux franchisés une perte financière en raison de la réaction qu’aurait le consommateur raisonnable devant le risque pour la santé posé par ces produits. Les pertes financières subies par les franchisés, incluant la perte de profits, de ventes, de clientèle et de valeur en capital, ainsi que tout dommage spécial lié à l’élimination de ces produits susceptibles d’être dangereux, peuvent donner lieu à indemnisation dans la mesure où les autres éléments requis de leur action en négligence sont établis.

[168] J’accueillerais donc le pourvoi, j’annulerais l’ordonnance de la Cour d’appel et je rétablirais l’ordonnance de jugement sommaire de la Cour supérieure en ce qui a trait à l’obligation de diligence qu’avait Maple Leaf envers les franchisés, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Appeal dismissed with costs, WAGNER C.J. and ABELLA, KARAKATSANIS and KASIRER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lerner, Toronto.

Solicitors for the respondents: Stieber Berlach, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef WAGNER et les juges ABELLA, KARAKATSANIS et KASIRER sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Lerner, Toronto.

Procureurs des intimées : Stieber Berlach, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Thomas Slatter *Respondent*

and

Inclusion Canada (previously known as Canadian Association for Community Living), Women’s Legal Education and Action Fund Inc., DisAbled Women’s Network Canada, ARCH Disability Law Centre, Barbra Schlifer Commemorative Clinic and Criminal Lawyers’ Association of Ontario
Interveners

INDEXED AS: R. v. SLATTER

2020 SCC 36

File No.: 38870.

2020: November 6.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Evidence — Reliability and credibility — Witness with intellectual or developmental disability — Accused convicted at trial of sexually assaulting complainant with intellectual and developmental disability — Majority of Court of Appeal holding that trial judge’s reasons were insufficient because he failed to address reliability of complainant’s evidence in view of expert evidence as to her suggestibility and failed to provide reasons for rejecting defence evidence — Majority of Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge holding that trial judge’s reasons allowed for meaningful appellate review on basis that they adequately addressed complainant’s reliability and that his rejection of defence evidence was

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Thomas Slatter *Intimé*

et

Inclusion Canada (anciennement connue sous le nom d’Association canadienne pour l’intégration communautaire), Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Réseau d’action des femmes handicapées, ARCH Disability Law Centre, Barbra Schlifer Commemorative Clinic et Criminal Lawyers’ Association of Ontario
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. SLATTER

2020 CSC 36

N° du greffe : 38870.

2020 : 6 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs de jugement — Caractère suffisant des motifs — Preuve — Fiabilité et crédibilité — Témoin ayant une déficience intellectuelle ou développementale — Accusé déclaré coupable au procès d’avoir agressé sexuellement une plaignante ayant une déficience intellectuelle et développementale — Décision majoritaire de la Cour d’appel concluant à l’insuffisance des motifs parce qu’ils ne traitaient pas de la fiabilité du témoignage de la plaignante eu égard à la preuve d’expert concernant sa suggestibilité et qu’ils n’exposaient pas les raisons du rejet de la preuve de la défense — Décision majoritaire de la Cour d’appel écartant la déclaration de culpabilité et ordonnant la tenue d’un nouveau procès — Décision de la juge dissidente portant que les motifs du juge du procès permettaient un

implicit in his reasoned acceptance of complainant's evidence — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Pepall and Trotter JJ.A.), 2019 ONCA 807, 148 O.R. (3d) 81, 452 D.L.R. (4th) 4, 58 C.R. (7th) 18, 382 C.C.C. (3d) 245, [2019] O.J. No. 5073 (QL), 2019 CarswellOnt 16055 (WL Can.), setting aside the conviction of the accused for sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

Jamie Klukach and Caitlin Sharawy, for the appellant.

Robert J. Reynolds and Mike Pretsell, for the respondent.

Janine Benedet, for the intervener Inclusion Canada (previously known as Canadian Association for Community Living).

Suzan E. Fraser, for the interveners Women's Legal Education and Action Fund Inc., Disabled Women's Network Canada and ARCH Disability Law Centre.

Deepa Mattoo, for the intervener Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Matthew R. Gourlay, for the intervener Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We are all of the view that the appeal must be allowed, for the reasons of Justice Pepall, with which we agree.

[2] We would simply underline that when assessing the credibility and reliability of testimony given by an individual who has an intellectual or

véritable examen en appel parce qu'ils traitaient adéquatement de la fiabilité du témoignage de la plaignante et parce que le rejet par le juge du procès de la preuve de la défense ressortait implicitement de son acceptation raisonnée du témoignage de la plaignante — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Pepall et Trotter), 2019 ONCA 807, 148 O.R. (3d) 81, 452 D.L.R. (4th) 4, 58 C.R. (7th) 18, 382 C.C.C. (3d) 245, [2019] O.J. No. 5073 (QL), 2019 CarswellOnt 16055 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Jamie Klukach et Caitlin Sharawy, pour l'appelante.

Robert J. Reynolds et Mike Pretsell, pour l'intimé.

Janine Benedet, pour l'intervenante Inclusion Canada (anciennement connue sous le nom d'Association canadienne pour l'intégration communautaire).

Suzan E. Fraser, pour les intervenants Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Réseau d'action des femmes handicapées et ARCH Disability Law Centre.

Deepa Mattoo, pour l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Matthew R. Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes tous et toutes d'avis que l'appel doit être accueilli, pour les motifs exposés par la juge Pepall, auxquels nous souscrivons.

[2] Nous tenons simplement à souligner que, lorsque les tribunaux sont appelés à apprécier la crédibilité et la fiabilité du témoignage d'une personne

developmental disability, courts should be wary of preferring expert evidence that attributes general characteristics to that individual, rather than focusing on the individual's veracity and their actual capacities as demonstrated by their ability to perceive, recall and recount the events in issue, in light of the totality of the evidence. Over-reliance on generalities can perpetuate harmful myths and stereotypes about individuals with disabilities, which is inimical to the truth-seeking process, and creates additional barriers for those seeking access to justice.

[3] Accordingly, we would allow the appeal and restore the conviction.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Reynolds O'Brien, Belleville; Pretsell, Davies, Thompson, Benton, Belleville.

Solicitor for the intervener Inclusion Canada (previously known as Canadian Association for Community Living): University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the interveners Women's Legal Education and Action Fund Inc., DisAbled Women's Network Canada and ARCH Disability Law Centre: Fraser Advocacy, Toronto.

Solicitor for the intervener Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein Hutchison, Toronto.

ayant une déficience intellectuelle ou développementale, ils doivent hésiter à privilégier un témoignage d'expert attribuant des caractéristiques générales à cette personne, plutôt qu'à s'attacher à sa véracité et à ses capacités réelles démontrées par son aptitude à percevoir les événements en litige, à s'en rappeler et à les relater, à la lumière de l'ensemble de la preuve. Le fait d'accorder une trop grande importance à des généralisations risque de perpétuer des mythes et stéréotypes préjudiciables au sujet des personnes ayant des déficiences, situation qui est peu propice au processus de recherche de la vérité et qui crée des obstacles additionnels pour les gens qui demandent accès à la justice.

[3] En conséquence, nous accueillons l'appel et rétablissons la déclaration de culpabilité.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Reynolds O'Brien, Belleville; Pretsell, Davies, Thompson, Benton, Belleville.

Procureur de l'intervenante Inclusion Canada (anciennement connue sous le nom d'Association canadienne pour l'intégration communautaire) : Université de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs des intervenants Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Réseau d'action des femmes handicapées et ARCH Disability Law Centre : Fraser Advocacy, Toronto.

Procureur de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein Hutchison, Toronto.

Hydro-Québec *Appellant*

v.

**Louise Matta,
Claude Ouellet,
Christiane Léveillé,
Diane Ouellet,
Patrick Léveillé,
Josée Léveillé and
Entreprises Caslon Inc.** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec and
Canadian Electricity Association** *Interveners*

INDEXED AS: HYDRO-QUÉBEC v. MATTA

2020 SCC 37

File No.: 38254.

2019: December 10; 2020: November 13.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Property — Real rights — Servitudes — Conventional servitudes — Electrical transmission lines — Hydro-Québec project to construct new electrical transmission line — Construction of new line to be routed in part through lots on which Hydro-Québec already had servitudes established for another line — Owners of lots objecting that rights arising from established servitudes did not permit construction of new line — Whether Hydro-Québec can develop and modernize its system on basis of rights it holds under decades-old servitudes that were established for specific construction projects.

On March 13, 2015, the Régie de l'énergie du Québec authorized Hydro-Québec to construct a proposed electrical transmission line between the Chamouchouane transformer substation in Saguenay-Lac-St-Jean and the Bout-de-l'Île transformer substation in Montréal. Hydro-Québec realized

Hydro-Québec *Appelante*

c.

**Louise Matta,
Claude Ouellet,
Christiane Léveillé,
Diane Ouellet,
Patrick Léveillé,
Josée Léveillé et
Entreprises Caslon Inc.** *Intimés*

et

**Procureure générale du Québec et
Association canadienne de l'électricité**
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : HYDRO-QUÉBEC c. MATTA

2020 CSC 37

N° du greffe : 38254.

2019 : 10 décembre; 2020 : 13 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Biens — Droits réels — Servitudes — Servitudes conventionnelles — Lignes de transport d'électricité — Projet de construction par Hydro-Québec d'une nouvelle ligne de transport d'électricité — Construction de la nouvelle ligne prévue en partie sur des terrains sur lesquels Hydro-Québec possède déjà des servitudes établies pour les besoins d'une autre ligne — Objection des propriétaires des terrains portant que les droits découlant des servitudes établies ne permettent pas la construction d'une nouvelle ligne — Hydro-Québec peut-elle aménager et moderniser son réseau en s'autorisant des droits que lui confèrent des servitudes constituées depuis des décennies dans le cadre de projets de construction particuliers?

Le 13 mars 2015, la Régie de l'énergie du Québec autorise Hydro-Québec à réaliser un projet de ligne de transport d'électricité entre les postes de transformation de la Chamouchouane, au Saguenay-Lac-St-Jean, et du Bout-de-l'Île, à Montréal. Hydro-Québec constate qu'il

that it would be easier to run the line through a corridor where it already had servitudes that had been established in the 1970s for a transmission line between the Jacques-Cartier substation near Québec and the Duvernay substation in Laval. Hydro-Québec's acquisition of those servitudes had involved two steps. Having been authorized by order in council to acquire them by expropriation, it had first served and published notices of expropriation, after which it had signed, with the then owners, notarial agreements that described the servitudes being established and provided for various indemnities that would be payable, including for any work that might be carried out on the servient land.

Hydro-Québec claimed that these servitudes authorized it to route up to three electrical transmission lines through the servient land. The current owners of the lots contested this claim; they submitted that the rights arising from the servitudes acquired when the Jacques-Cartier-Duvernay line was constructed were limited to that one line only. They denied Hydro-Québec's employees access to their lots. Hydro-Québec then applied for an injunction. The owners considered the proceedings abusive. In a cross-application, they sought damages for unauthorized use of the servitudes following a reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line in the 1980s and for hardship and inconvenience caused by the existing infrastructure. The proceeding was split so as to have the hearing of the cross-application postponed to a later date, depending on the outcome on the issue of the scope of the servitudes.

The trial judge ruled in Hydro-Québec's favour. He found that the servitudes at issue had originally been acquired by expropriation, but that the subsequent agreements had clarified their purpose and scope. In his view, the agreements were clear: they authorized Hydro-Québec to erect three electrical transmission lines no matter what the origin or the destination of the electricity was. Having concluded that the servitudes established in favour of Hydro-Québec authorized it to place three electrical transmission lines on the owners' lots, the trial judge granted the injunction and dismissed the cross-application.

The Court of Appeal allowed the owners' appeal. It remarked that the trial judge's decision to dismiss the cross-application had been *ultra petita*, as the splitting of the proceeding meant that that matter had not been before him. In the Court of Appeal's view, the servitudes at issue had been acquired by expropriation and should be characterized as servitudes established by operation of law. Their scope therefore had to be analyzed in light

serait commode de faire passer la ligne par un couloir où elle possède déjà des servitudes établies dans les années 1970 pour les besoins d'une ligne de transport entre les postes de Jacques-Cartier, près de Québec, et de Duvernay, à Laval. Hydro-Québec avait acquis ces servitudes en procédant en deux temps. Ayant été autorisée par décret à les acquérir par voie d'expropriation, elle avait d'abord signifié et publié des avis d'expropriation, après quoi elle avait conclu avec les propriétaires de l'époque des conventions notariées décrivant les servitudes établies et prévoyant diverses indemnités payables, notamment pour les travaux susceptibles d'être réalisés sur les fonds servants.

Hydro-Québec prétend que ces servitudes l'autorisent à faire passer jusqu'à trois lignes de transport d'énergie électrique sur les fonds servants. Les propriétaires actuels des terrains contestent cette prétention; ils soutiennent que les droits découlant des servitudes acquises lors de la réalisation de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay se limitent à cette seule ligne. Ils refusent aux employés d'Hydro-Québec l'accès à leurs terrains. Hydro-Québec intente alors un recours en injonction. Les propriétaires considèrent les procédures abusives. Dans une demande reconventionnelle, ils réclament des dommages-intérêts pour l'usage non autorisé des servitudes à la suite d'un réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay effectué dans les années 1980 et pour des troubles et inconvénients occasionnés par les infrastructures en place. Une scission de l'instance reporte à une date ultérieure l'audition de la demande reconventionnelle, suivant l'issue du débat sur la portée des servitudes en litige.

Le juge de première instance donne raison à Hydro-Québec. Il constate que les servitudes en litige ont d'abord été acquises par expropriation, mais que les conventions intervenues par la suite ont apporté des précisions quant à leur objet et leur portée. Selon lui, les conventions sont claires : elles autorisent Hydro-Québec à ériger trois lignes de transport d'électricité, peu importe l'origine ou la destination du courant. Ayant conclu que les servitudes établies en faveur d'Hydro-Québec l'autorisent à placer trois lignes de transport d'énergie électrique sur les terrains des propriétaires, le juge accorde l'injonction et rejette la demande reconventionnelle.

La Cour d'appel accueille le pourvoi formé par les propriétaires. Elle relève que le juge de première instance s'est prononcé *ultra petita* en rejetant la demande reconventionnelle dont il n'était pas saisi en raison de la scission de l'instance. Selon la Cour d'appel, les servitudes en litige, acquises par voie d'expropriation, se qualifient de servitudes établies par l'effet de la loi. Leur portée doit par conséquent s'analyser à la lumière des limites imposées

of the limits imposed by the order in council that authorized them. The Court of Appeal accordingly concluded that Hydro-Québec could not rely on the servitudes in its favour for the construction of the new line and that it had to proceed by way of new expropriations or agreements.

Held: The appeal should be allowed.

All the conclusions of the trial judge's decision are restored, except the one dismissing the cross-application. The case is remanded to the Superior Court for hearing of the cross-application. The power line servitudes in favour of Hydro-Québec are not limited to the Jacques-Cartier-Duvernay Line; they authorize Hydro-Québec to route a second electrical transmission line through the owners' lots.

The trial judge was correct in characterizing the post-expropriation agreements as servitude agreements. The order in council, the notices of expropriation and the agreements are different types of documents, and it is important to distinguish them from one another. An order in council is an administrative act for the purpose of authorizing the exercise of the power to deprive a property owner of the enjoyment of the attributes of his or her right of ownership. Filing a notice of expropriation and the documents related to it is an administrative act that establishes and individualizes the servitude. As for the agreement, it relates to the ordinary exercise of civil rights and to the private law rules of contract. A servitude acquired by expropriation is, according to the classification set out in art. 1181 of the *Civil Code of Québec*, established by operation of law. This being the case, neither the law nor public order bars the expropriating party and the expropriated party from clarifying or modifying such a servitude by mutual agreement: notices of expropriation thus do not preclude parties from negotiating conventional servitudes. It must be presumed that the servitude agreement, if entered into after the notice of expropriation, contains a more faithful definition of the scope and terms for exercise of the servitude of public utility than does the notice of expropriation. Servitude agreements are subject to the rules applicable to the interpretation of contracts. If their words are clear, effect must be given to the clearly expressed intention of the parties.

In the case at bar, the agreements at issue include a complete description of the servitudes, adding some details that do not appear in the notices of expropriation. In these circumstances, the agreements are the titles to which the owners of the servient land and the dominant land must refer in exercising their respective rights. Because the agreements are clear, the scope of the servitudes must be

par le décret qui les a autorisées. La Cour d'appel conclut donc qu'Hydro-Québec ne peut s'autoriser des servitudes dont elle bénéficie pour construire la nouvelle ligne et qu'elle doit procéder par de nouvelles expropriations ou conventions.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Toutes les conclusions du jugement de première instance sont rétablies, sauf celle rejetant la demande reconventionnelle. Le dossier est retourné à la Cour supérieure pour l'audition de la demande reconventionnelle. Les servitudes de transport d'énergie électrique dont bénéficie Hydro-Québec ne sont pas restreintes à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay; elles autorisent Hydro-Québec à faire passer une deuxième ligne de transport d'énergie électrique sur le terrain des propriétaires.

Le juge de première instance a eu raison de qualifier les conventions postérieures à l'expropriation de conventions de servitudes. Le décret, les avis d'expropriation et les conventions sont des documents de nature différente qu'il importe de bien distinguer. Le décret est un acte administratif destiné à autoriser l'exercice du pouvoir de priver un propriétaire de la jouissance des attributs de son droit de propriété sur un bien. Le dépôt d'un avis d'expropriation et des documents y afférents est un acte administratif qui constitue et individualise la servitude. Quant à la convention, elle se rattache à l'exercice ordinaire des droits civils et aux règles contractuelles propres au droit privé. La servitude acquise par expropriation est établie par l'effet de la loi suivant la classification énoncée à l'art. 1181 du *Code civil du Québec*. Cela étant, ni la loi ni l'ordre public ne s'opposent à ce que l'expropriant et l'exproprié précisent ou modifient, par un accord de gré à gré, la servitude ainsi constituée : les avis d'expropriation n'empêchent donc pas les parties de négocier des servitudes conventionnelles. On doit présumer que la convention de servitude, si elle est postérieure à l'avis d'expropriation, définit plus fidèlement la portée et les modalités d'exercice de la servitude établie pour l'utilité publique que ne le fait cet avis d'expropriation. Les conventions de servitude sont soumises aux règles applicables à l'interprétation des contrats. Leurs termes, s'ils sont clairs, imposent le respect de la volonté manifeste des parties.

En l'espèce, les conventions en litige décrivent les servitudes de façon complète en y apportant des précisions qui ne figuraient pas dans les avis d'expropriation. Dans ces circonstances, les conventions sont les titres auxquels les propriétaires des fonds servants et dominants doivent se reporter pour l'exercice de leurs droits respectifs. Les conventions étant claires, on doit s'en remettre à leur

determined in light of their words. The agreements do not mention any restrictions regarding the origin or destination of the electricity. The servitudes are therefore not limited to the line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. The servitudes on the owners' lots authorize Hydro-Québec to construct the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line.

Furthermore, the servitudes concern the lines crossing the servient land, not the substations located at either end of those lines. There is nothing in the words of the agreements that would explicitly or implicitly prevent Hydro-Québec from redirecting one of its lines toward another substation. The right to operate electrical transmission lines includes the right to make modifications such as the one that was made in the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line.

Hydro-Québec's proceedings are not abusive. It sought to use the servitudes that had been granted to it by the owners' predecessors in title and had been published in the land register. The owners were presumed to be aware of the rights granted by these servitudes. They nonetheless blocked construction of the new electrical transmission line and forced Hydro-Québec to seek injunction orders. It is not up to Hydro-Québec to pay for the steps they took.

Cases Cited

Approved: *Michaud et Simard Inc. v. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478; *Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406; *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101; *Lorraine (Ville) v. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 SCC 35, [2018] 2 S.C.R. 577; *Domaine de la rivière inc. v. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6; *Sani Sport inc. v. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; *Centre de distribution intégré (CDI) inc. v. Développements Olymbec inc.*, 2015 QCCA 1463,

libellé pour déterminer la portée des servitudes. Elles ne font mention d'aucune restriction quant à la provenance ou à la destination du courant électrique. Dès lors, la portée des servitudes n'est pas limitée à la ligne entre les postes de transformation Jacques-Cartier – Duvernay. Les servitudes grevant les lots des propriétaires autorisent Hydro-Québec à construire la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île.

Par ailleurs, les servitudes portent sur les lignes qui traversent les fonds servants et non sur les postes de transformation situés aux extrémités de ces lignes. Il n'y a rien dans le texte des conventions qui empêcherait explicitement ou implicitement Hydro-Québec de rediriger l'une de ses lignes vers un autre poste de transformation. Le droit d'exploiter des lignes de transport d'énergie électrique comprend celui d'y apporter des modifications, comme celle survenue lors du réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay.

Les procédures entreprises par Hydro-Québec ne sont pas abusives. Cette dernière a cherché à faire usage des servitudes que lui avaient consenties les auteurs des propriétés et qui avaient été publiées au registre foncier. Les propriétaires étaient présumés connaître les droits conférés par ces servitudes. Ils ont néanmoins fait obstacle à la construction de la nouvelle ligne de transport d'électricité et contraint Hydro-Québec à solliciter des ordonnances d'injonction. Il n'appartient pas à Hydro-Québec de faire les frais de leurs démarches.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *Michaud et Simard Inc. c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478; *Modern Concept d'entretien inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406; *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101; *Lorraine (Ville) c. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 CSC 35, [2018] 2 R.C.S. 577; *Domaine de la rivière inc. c. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6; *Sani Sport inc. c. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; *Centre de distribution intégré (CDI) inc. c. Développements Olymbec inc.*, 2015

59 R.P.R. (5th) 1; *151692 Canada inc. v. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 298 to 303, 1181, 1182, 1425, 2807, 2941.
 Décret 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927.
 Décret 899-80.
 Décret 3360-72.
Hydro-Québec Act, CQLR, c. H-5, ss. 3, 3.1.1, 3.1.2, 22, 29 paras. 1 and 2, 33(3)(b), 35.
Hydro-Quebec Act, R.S.Q. 1964, c. 86, ss. 29 para. 6, 33.
Watercourses Act, R.S.Q. 1964, c. 84, s. 19.
Watercourses Act, CQLR, c. R-13.

Authors Cited

Dictionnaire de l'Académie française, t. 1, 8^e éd. Paris: Librairie Hachette, 1932, “cession”.
 Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
Grand Larousse de la langue française, t. 1. Paris: Librairie Larousse, 1971, “cession”.
 Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.
 Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2007.
 Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2018.
 Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2020.
 Québec. Portail Québec. *Thésaurus de l'activité gouvernementale* (online: <http://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=16953>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC37_1_fra.pdf), “électricité patrimoniale”.
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*. Paris: Société du nouveau Littré, 1976, “céder”, “cession”.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Healy and Roy J.J.A.), 2018 QCCA 838, [2018] AZ-51497339, [2018] J.Q. n° 4456 (QL), 2018 CarswellQue 4246 (WL Can.), setting aside a decision of Sansfaçon J., 2017 QCCS 2347, [2018] AZ-51398055, [2018] J.Q. n° 7214 (QL), 2018 CarswellQue 4610 (WL Can.). Appeal allowed.

QCCA 1463, 59 R.P.R. (5th) 1; *151692 Canada inc. c. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 298 à 303, 1181, 1182, 1425, 2807, 2941.
 Décret 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927.
 Décret 899-80.
 Décret 3360-72.
Loi d'Hydro-Québec, S.R.Q. 1964, c. 86, art. 29 al. 6, 33.
Loi sur Hydro-Québec, RLRQ, c. H-5, art. 3, 3.1.1, 3.1.2, 22, 29 al. 1 et 2, 33(3)(b), 35.
Loi du régime des eaux, S.R.Q. 1964, c. 84, art. 19.
Loi sur le régime des eaux, RLRQ, c. R-13.

Doctrine et autres documents cités

Dictionnaire de l'Académie française, t. 1, 8^e éd., Paris, Librairie Hachette, 1932, « cession ».
 Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
Grand Larousse de la langue française, t. 1, Paris, Librairie Larousse, 1971, « cession ».
 Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.
 Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2007.
 Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018.
 Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.
 Québec. Portail Québec. *Thésaurus de l'activité gouvernementale* (en ligne : <http://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=16953>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC37_1_fra.pdf), « électricité patrimoniale ».
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*, Paris, Société du nouveau Littré, 1976, « céder », « cession ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Healy et Roy), 2018 QCCA 838, [2018] AZ-51497339, [2018] J.Q. n° 4456 (QL), 2018 CarswellQue 4246 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Sansfaçon, 2017 QCCS 2347, [2018] AZ-51398055, [2018] J.Q. n° 7214 (QL), 2018 CarswellQue 4610 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Claude Marseille and *Ariane Bisailon*, for the appellant.

Vincent Karim and *Ricardo Hrtschan*, for the respondents.

Stéphane Rochette, for the intervener the Attorney General of Quebec.

David Outerbridge and *Stacey Reisman*, for the intervener the Canadian Electricity Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] Electricity is increasingly ubiquitous in our lives today . . . and in our land registers.

[2] The appellant operates the largest electrical power system in North America, with more than 34,000 km of transmission lines. The benefits to Quebecers are many, and the acts of servitude that form the legal framework for this system are just as numerous. There are reportedly 37,405 such servitudes in total, including many that were established a long time ago. Can the appellant develop and modernize its system on the basis of rights it holds under decades-old servitudes that were established for specific construction projects? That is the question raised by this appeal.

[3] In a context in which Quebecers' energy needs are growing and the sources of electricity generation are changing, the appellant must adapt its system to ensure that its service remains reliable and safe. The 1998 ice storm was particularly revealing: major load centres can be especially vulnerable, hence the need for more and more lines and interconnections.

Claude Marseille et *Ariane Bisailon*, pour l'appelante.

Vincent Karim et *Ricardo Hrtschan*, pour les intimés.

Stéphane Rochette, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

David Outerbridge et *Stacey Reisman*, pour l'intervenante l'Association canadienne de l'électricité.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] L'électricité est de plus en plus omniprésente dans nos vies modernes . . . et dans nos registres fonciers.

[2] L'appelante exploite le plus vaste réseau électrique en Amérique du Nord, qui comprend plus de 34 000 km de lignes de transport d'électricité. Les bénéfices qu'en retire la population québécoise sont nombreux; les actes de servitude qui en forment l'armature juridique le sont tout autant. Il en existerait au total 37 405, dont plusieurs ont été établis il y a longtemps. L'appelante peut-elle aménager et moderniser son réseau en s'autorisant des droits que lui confèrent des servitudes constituées depuis des décennies dans le cadre de projets de construction particuliers? C'est la question soulevée par le présent pourvoi.

[3] Dans un contexte marqué par l'accroissement des besoins énergétiques de la population québécoise et par l'évolution des sources de production d'électricité, l'appelante doit adapter son réseau afin d'en maintenir la fiabilité et la sécurité. La crise du verglas de 1998 fut particulièrement révélatrice : les grands centres de consommation peuvent s'avérer particulièrement vulnérables, d'où la nécessité de multiplier les lignes et les interconnexions.

[4] In recent years, the appellant designed a proposed electrical transmission line that would make it possible to reinforce the power supply to the metropolitan loop of Greater Montréal and address a significant increase in demand in Terrebonne. This line was originally supposed to run from the Chamouchouane transformer substation in the Saguenay-Lac-Saint-Jean region to the Bout-de-l'Île transformer substation in Montréal. But it was subsequently decided that the line would be routed to the Judith-Jasmin substation in Terrebonne and that a link would be constructed between that substation and the Bout-de-l'Île substation. The estimated cost of the project is \$1.34 billion.

[5] In planning the route to be taken by the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, the appellant realized that it would be easier to run the line through a corridor in the southern part of the province where it already had servitudes. These servitudes had been established in the 1970s for a transmission line between the Jacques-Cartier substation near Québec and the Duvernay substation in Laval. The land making up this corridor included lots belonging to the respondents.

[6] The appellant held public information sessions and notified the affected individuals in writing of what its project would entail. Its employees went to the respondents' lots in order to conduct surveying and clearing work, but were denied access to them. The appellant then applied for an injunction, the merits of which the respondents have challenged, arguing, among other things, that the servitudes established in the 1970s are valid only for the Jacques-Cartier-Duvernay line and do not permit the construction of a new line.

II. The Parties

A. *The Appellant*

[7] The appellant operates a public enterprise constituted under the *Hydro-Québec Act*, CQLR, c. H-5, that is engaged in the generation, transmission and distribution of electricity. The *transmission* component of its undertaking consists in sending power produced in its hydroelectric power plants to

[4] Au cours des dernières années, l'appelante a conçu le projet d'une ligne de transport d'électricité qui permettrait de renforcer l'alimentation de la boucle métropolitaine du Grand Montréal et de répondre à la croissance importante de la demande en provenance de Terrebonne. À l'origine, cette ligne devait partir du poste de transformation de la Chamouchouane, au Saguenay-Lac-Saint-Jean, pour se rendre au poste de transformation du Bout-de-l'Île, à Montréal. Il a toutefois été décidé de la diriger vers le poste Judith-Jasmin, à Terrebonne, et de construire un lien entre ce poste et celui du Bout-de-l'Île. Le coût de la réalisation du projet est estimé à 1,34 milliard de dollars.

[5] En préparant le tracé de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, l'appelante constate qu'il serait commode de la faire passer par un couloir du sud de la province où elle possède déjà des servitudes. Celles-ci ont été établies dans les années 1970 pour les besoins d'une ligne de transport entre les postes de Jacques-Cartier, près de Québec, et de Duvernay, à Laval. Parmi les terrains qui font partie de ce couloir se trouvent ceux des intimés.

[6] L'appelante tient des séances d'information publiques et avise par écrit les principaux intéressés de la teneur de son projet. Ses employés, s'étant rendus chez les intimés pour y réaliser des travaux d'arpentage et de déboisement, se voient refuser l'accès aux terrains. L'appelante intente alors un recours en injonction, dont les intimés contestent le bien-fondé en prétendant notamment que les servitudes établies dans les années 1970 ne valent que pour la ligne Jacques-Cartier-Duvernay et ne permettent pas la construction d'une nouvelle ligne.

II. Les parties

A. *L'appelante*

[7] L'appelante exploite une entreprise publique de production, de transport et de distribution d'énergie électrique constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5. Le volet *transport* de son entreprise consiste à acheminer l'énergie produite dans ses centrales hydroélectriques à des postes de

transformer substations through high-voltage lines. At the substations, voltage is “stepped down” so that the electricity can be distributed to places where it will be consumed: this is the *distribution* component.

[8] As a mandatary of the government, the appellant is required to supply power and to supply Quebecers with heritage pool electricity:¹ *Hydro-Québec Act*, ss. 3.1.1 and 22. It has, besides the special rights and powers conferred upon it by law, all those pertaining to legal persons in general, such as the capacity to enter into contracts and to possess property: *Hydro-Québec Act*, ss. 3 and 3.1.2; *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), arts. 298 to 303. It may construct, purchase or lease any immovables required in order to transmit or distribute power: *Hydro-Québec Act*, s. 29 paras. 1 and 2.² It may also, with the authorization of the government, acquire by expropriation any immovable or servitude required for the generation, transmission or distribution of power, even before the execution of the proposed work is authorized: *Hydro-Québec Act*, ss. 33(3)(b) and 35.

B. *The Respondents*

[9] The respondents are the owners of lots on which the appellant claims to hold servitudes that authorize it to construct electrical transmission lines.

transformation au moyen de lignes à haute tension. Dans les postes de transformation, la tension est réduite pour que l’électricité puisse être distribuée jusqu’aux lieux de consommation : c’est le volet *distribution*.

[8] À titre de mandataire de l’État, l’appelante a l’obligation de fournir de l’énergie et d’approvisionner la population québécoise en électricité patrimoniale¹ : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 3.1.1 et 22. Elle possède, outre les droits et pouvoirs spéciaux qui lui sont conférés par la loi, tous ceux qui appartiennent généralement aux personnes morales, comme la capacité de contracter et de posséder des biens : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 3 et 3.1.2; *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), art. 298 à 303. Il lui est loisible de construire, d’acheter ou de louer tous les immeubles requis pour le transport ou la distribution d’énergie : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 29 al. 1 et 2². Avec l’autorisation du gouvernement, elle peut en outre acquérir par expropriation les immeubles et les servitudes requis pour produire, transmettre ou distribuer de l’énergie, et ce même avant que l’exécution des travaux projetés n’ait été autorisée : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 33(3)b) et 35.

B. *Les intimés*

[9] Les intimés sont les propriétaires de terrains sur lesquels l’appelante prétend détenir des servitudes qui l’autorisent à construire des lignes de transport d’énergie électrique.

¹ Heritage pool electricity is defined as follows in the *Thésaurus de l’activité gouvernementale* on the Quebec government’s web portal: [TRANSLATION] “Heritage pool electricity is the power produced by plants that were in service in 1998, in the amount of 165 TWh (terawatt-hours), for which a lower heritage rate is applied. Hydro-Québec’s ‘heritage’ plants include those of the La Grande Complex, the Manicouagan River, the Ottawa River and the St. Lawrence River” (online).

² At the time the Jacques-Cartier-Duvernay line was constructed, however, the Act required that the acquisition and construction of immovables first be authorized by the Lieutenant-Governor in Council: *Hydro-Québec Act*, R.S.Q. 1964, c. 86 (“HQA”), s. 29 para. 6, as amended.

¹ L’électricité patrimoniale est définie comme suit dans le *Thésaurus de l’activité gouvernementale* de Portail Québec : « Le bloc patrimonial d’électricité désigne l’énergie produite à partir du parc d’équipements en service en 1998, soit 165 twh (terawatt heure) et pour lequel un tarif patrimonial plus bas est appliqué. Ces centrales “patrimoniales” d’Hydro-Québec comprennent les centrales du Complexe La Grande, de la rivière Manicouagan, de la rivière des Outaouais et du fleuve St-Laurent » (en ligne).

² À l’époque de la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, la loi exigeait toutefois l’autorisation préalable du lieutenant-gouverneur en conseil pour l’acquisition et la construction d’immeubles : *Loi d’Hydro-Québec*, S.R.Q. 1964, c. 86 (« LHQ »), art. 29 al. 6 et amendements.

III. Background

A. *Construction of the Jacques-Cartier-Duvernay Line and Establishment of the Servitudes at Issue*

[10] The servitudes at issue were established in the 1970s in connection with the construction of the Jacques-Cartier-Duvernay line. The sequence of events surrounding their establishment involved three documents — an order in council, notices of expropriation, and agreements — large excerpts of which are reproduced below to elucidate the decisions of the courts below and the arguments raised by the parties.

(1) Order in Council 3360-72

[11] On November 8, 1972, the government issued Order in Council 3360-72, which authorizes the appellant to obtain, by mutual agreement or by expropriation, any immovable property and real rights it needs in order to construct power transmission and distribution lines between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. The key portions of this order in council read as follows:

[TRANSLATION]

IN THE MATTER OF authorization for Hydro-Quebec to construct electrical transmission and distribution lines between the Jacques-Cartier transformer substation and the Duvernay transformer substation and to acquire the immovable property and real rights required for this purpose.

WHEREAS section 33 of the “Hydro-Quebec Act” (R.S.Q. 1964, chapter 86, as amended) provides that Hydro-Quebec may “acquire by expropriation any immovable, servitude or construction required for the exploitation of waterpowers held by the Commission or for the generation, transmission or distribution of power”;

WHEREAS Hydro-Quebec wishes to construct the electrical power transformer substations, high-voltage or other electrical power transmission and distribution lines, communications networks of any kind, access roads and buildings required for the construction and operation of

III. Contexte

A. *La construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay et l'établissement des servitudes en litige*

[10] Les servitudes en litige ont été établies au cours des années 1970, dans le cadre de la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay. La séquence des événements entourant leur constitution fait intervenir trois documents — un décret, des avis d'expropriation et des conventions — dont il convient de reproduire ici de larges extraits pour bien comprendre les décisions des instances inférieures et les arguments formulés par les parties.

(1) Le Décret 3360-72

[11] Le 8 novembre 1972, le gouvernement émet l'arrêté en conseil 3360-72 (« Décret 3360-72 ») qui autorise l'appelante à obtenir, de gré à gré ou par voie d'expropriation, les immeubles et droits réels dont elle a besoin pour construire des lignes de transport et de distribution d'énergie entre les postes de transformation Jacques-Cartier et Duvernay. Pour l'essentiel, ce décret se lit ainsi :

CONCERNANT l'autorisation pour l'Hydro-Québec de construire des lignes de transport et de distribution d'énergie électrique entre le poste de transformation Jacques-Cartier et le poste de transformation Duvernay, et d'acquérir les immeubles et droits réels nécessaires à cette fin.

ATTENDU QUE, en vertu de l'article 33 de la “Loi d'Hydro Québec” (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements), l'Hydro-Québec peut “acquérir par voie d'expropriation tous immeubles, servitudes ou constructions requis pour l'exploitation des forces hydrauliques détenues par la Commission ou pour la production, la transmission ou la distribution d'énergie”;

ATTENDU QUE l'Hydro-Québec désire construire des postes de transformation d'énergie électrique, des lignes de transport, de distribution d'énergie électrique à haute tension ou autres, des réseaux de communications de toutes sortes, des chemins d'accès ainsi que les édifices

the said lines between the Jacques-Cartier transformer substation and the Duvernay transformer substation . . .

...

WHEREAS Hydro-Quebec asks that the Lieutenant-Governor in Council authorize it to acquire, by mutual agreement or by expropriation and prior possession, the immoveables and real rights it needs for the above-mentioned purposes,

IT IS THEREFORE ORDERED, on a proposal of the Minister of Natural Resources:

THAT Hydro-Quebec be authorized to construct electrical power transformer substations, high-voltage or other electrical transmission and distribution lines, communications networks of any kind, access roads and buildings required for the construction and operation of the said lines between the Jacques-Cartier transformer substation and the Duvernay transformer substation, and to acquire by mutual agreement, if it deems that appropriate, or by expropriation and prior possession with filing of plans at the registry office, if it deems that more appropriate, the immoveables or real rights it needs for the purposes set out above, on the land, farms or lots located in the parishes

(2) Notices of Expropriation and Documents Related to Them

[12] Having obtained the authorizations it needed by way of Order in Council 3360-72, the appellant acquired, by expropriation, the servitudes required for the construction of the Jacques-Cartier-Duvernay line. Following the procedure that applied at that time, it served on the owners — and published at the registry office — notices of expropriation and prior possession (“notices of expropriation”), plans, and overall assessment certificates for the expropriated real rights. The lots currently owned by the respondents were all affected by these expropriation procedures.

[13] The notices of expropriation were all composed similarly. They read as follows:

nécessaires à la construction et à l’exploitation desdites lignes entre le poste de transformation Jacques-Cartier et le poste de transformation Duvernay [. . .];

...

ATTENDU QUE l’Hydro-Québec prie le lieutenant-gouverneur en conseil de l’autoriser à acquérir de gré à gré ou par expropriation et prise de possession préalable les immeubles et droits réels dont elle a besoin pour les fins précitées.

IL EST ORDONNÉ EN CONSÉQUENCE, sur la proposition du ministre des Richesse naturelles :

QUE l’Hydro-Québec soit autorisée à construire des postes de transformation d’énergie électrique, des lignes de transport, de distribution d’énergie électrique à haute tension ou autres, des réseaux de communications de toutes sortes, des chemins d’accès ainsi que les édifices nécessaires à la construction et à l’exploitation desdites lignes entre le poste de transformation Jacques-Cartier et le poste de transformation Duvernay, et aussi à acquérir de gré à gré, si elle le juge à propos, ou par expropriation et prise de possession préalable comportant dépôt de plan au bureau d’enregistrement, si elle le croit plus approprié, les immeubles nécessaires ou droits réels dont elle a besoin aux fins précitées, sur des terres, fermes ou lots situés dans les paroisses . . .

(2) Les avis d’expropriation et les documents y afférents

[12] Ayant obtenu par le Décret 3360-72 les autorisations dont elle avait besoin, l’appelante acquiert par expropriation les servitudes requises pour la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay. Suivant la procédure applicable à l’époque, elle signifie aux propriétaires et publie au bureau de la publicité des droits les avis d’expropriation et de prise de possession préalable (« avis d’expropriation »), les plans ainsi que les certificats d’évaluation globale des droits réels expropriés. Les terrains qui appartiennent aujourd’hui aux intimés ont tous été visés par ces procédures d’expropriation.

[13] Tous les avis d’expropriation sont rédigés de la même façon. Ils prévoient ce qui suit :

[TRANSLATION] The Quebec Hydro-Electric Commission, acting pursuant to the powers conferred upon it by the Hydro-Quebec Act (R.S.Q. 1964, chapter 86, as amended) and by the Code of Civil Procedure and duly authorized by Order in Council number 3360-72 of November 8, 1972, hereby files general plan number . . . for the purpose of obtaining the perpetual real rights of servitude it needs for the construction, operation and maintenance of one (or more) 735-kV electrical transmission line(s), JACQUES-CARTIER-DUVERNAY, together with an overall assessment certificate.

The said perpetual real rights of servitude consist of:

- a) a right to place, replace, maintain and operate, on the said servient land, one or more high- or low-voltage electrical transmission line(s), and communication lines, including towers and/or poles with the necessary footings, wires, cables, counterweights, anchor rods, guy lines and any other necessary or useful accessories;
- b) a right to cut, prune, remove and destroy, in any manner whatsoever and at any time, on the said servient land, any trees, shrubs, branches and bushes, and to remove any objects that may be found there;
- c) a right to move about on the said servient land at any time, on foot or in a vehicle of any kind, in order to exercise any right granted to it hereunder;
- d) a right to cut, prune and remove any trees located outside the said servient land that could impede or interfere with the functioning, construction, replacement or maintenance of the said line(s), and, for these purposes, to move about on the land adjacent to the said servient land; and
- e) a prohibition against any person erecting any construction or structure on, above or under the said servient land, except for the erection of dividing fences and their gates, and against modifying the current elevation of this servient land.

In accordance with section 19 of the Watercourses Act (R.S.Q. 1964, chapter 84, as amended), the said perpetual real rights of servitude are created in favour of the dominant land constituted by the electrical transmission line(s) to be erected on the servient land consisting of the immovables indicated in red on the above-mentioned general plan.

(A.R., at pp. 149-50)

La Commission hydroélectrique de Québec, agissant en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi d'Hydro-Québec (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements) et par le Code de procédure civile et dûment autorisée par l'arrêté en conseil numéro 3360-72 du 8 novembre 1972 dépose le plan général numéro [. . .] dans le but d'obtenir les droits de servitude réels et perpétuels dont elle a besoin pour la construction, l'exploitation et l'entretien de ligne(s) de transport d'énergie électrique à 735 kV, JACQUES-CARTIER-DUVERNAY, ainsi qu'un certificat d'évaluation globale.

Lesdits droits réels et perpétuels de servitude consistent :

- a) En un droit de placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant des ligne(s) de transport d'énergie électrique, à haut ou à faible voltage, et des lignes de communication, y compris des pylônes et/ou poteaux avec les empattements nécessaires, les fils, câbles, contrepoids, tiges d'ancrage, haubans et tous autres accessoires nécessaires ou utiles;
- b) En un droit de couper, émonder, enlever et détruire, de quelque manière que ce soit et en tout temps, sur ledit fonds servant, tous arbres, arbustes, branches et buissons, et d'enlever tous objets qui s'y trouveraient;
- c) En un droit en tout temps de circuler sur ledit fonds servant, à pieds ou en véhicule de tout genre, pour exercer tout droit qui lui est accordé par les présentes;
- d) En un droit de couper, émonder et enlever tous arbres situés en dehors dudit fonds servant, qui pourraient entraver les ou nuire aux fonctionnement, construction, remplacement ou entretien de la(des) dite(s) ligne(s), et, à ces fins, de circuler sur le terrain avoisinant ledit fonds servant;
- e) En une interdiction pour toute personne d'ériger quelque construction ou structure sur, au-dessus et en-dessous dudit fonds servant, sauf l'érection des clôtures de division et leurs barrières, et de modifier l'élévation actuelle de ce fonds servant.

En conformité de l'article 19 de la Loi du régime des eaux (S.R.Q. 1964, chapitre 84 tel qu'amendé) lesdits droits de servitude réels et perpétuels sont créés en faveur du fonds dominant constitué par la(les) ligne(s) de transport d'énergie électrique à être érigée(s) sur le fonds servant composé des immeubles indiqués en rouge sur le plan général ci-haut mentionné.

(d.a., p. 149-150)

(3) Agreements

[14] After serving and publishing the notices of expropriation, the appellant signed notarial agreements (“agreements” or “agreements at issue”) with the respondents’ predecessors in title. Among other things, these agreements describe the servitudes established in favour of the appellant, identify the servient land and the dominant land, and fix the amounts of the indemnities payable for the acquired servitudes and for any work that might be carried out on the servient land.

[15] The agreements in question, which were also published at the registry office, differ from one another in only a few details relating, for example, to the amount of the indemnity or to dates. Only one of them says nothing about the number of lines authorized on the servient land; all the other agreements limit this number to three. Their wording conforms to the following template:

[TRANSLATION]

Before . . . notary for the Province of Quebec

APPEARED:

Mr. . . .

hereinafter called the “OWNER”;

AND:

The QUEBEC HYDRO-ELECTRIC COMMISSION (HYDRO-QUEBEC), a corporation duly constituted under the “Hydro-Quebec Act” (R.S.Q. 1964, chapter 86, as amended) . . . the said Quebec Hydro-Electric Commission being duly authorized for the purposes of this agreement by order of the Lieutenant-Governor in Council number 3360-72, dated November 8, 1972.

hereinafter called the “COMMISSION”;

WHICH PARTIES, prior to the acquittance and the agreements which are the subject hereof, do declare as follows:

1. The COMMISSION, acting pursuant to the powers conferred upon it by the Hydro-Quebec Act (R.S.Q.

(3) Les conventions

[14] Après avoir signifié et publié les avis d’expropriation, l’appelante conclut avec les auteurs des intimés des conventions notariées (« conventions » ou « conventions en litige ») qui prévoient, entre autres choses, la description des servitudes établies en faveur de l’appelante, l’identification des fonds servants et dominants, ainsi que le montant des indemnités payables pour les servitudes acquises et pour les travaux susceptibles d’être réalisés sur les fonds servants.

[15] Ces conventions, publiées elles aussi au bureau de la publicité des droits, ne diffèrent les unes des autres que par quelques détails portant, par exemple, sur le montant de l’indemnité ou encore sur des dates. Une seule d’entre elles demeure muette quant au nombre de lignes autorisées sur le fonds servant; toutes les autres conventions limitent ce nombre à trois. Leur libellé répond au modèle suivant :

Devant Me [. . .] notaire pour la Province de Québec . . .

COMPARAISSENT :

Monsieur . . .

ci-après nommé le “PROPRIÉTAIRE”;

ET :

La COMMISSION HYDROÉLECTRIQUE DE QUÉBEC (HYDRO-QUÉBEC), corporation légalement constituée en vertu de la “Loi d’Hydro-Québec” (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements) [. . .]; ladite Commission hydroélectrique de Québec étant dûment autorisée aux fins des présentes par l’arrêté du Lieutenant-Gouverneur en conseil numéro 3360-72 en date du 8 novembre 1972.

ci-après nommée la “COMMISSION”;

LESQUELS, préalablement à la quittance et aux conventions qui font l’objet des présentes, déclarent ce qui suit :

1. La COMMISSION, agissant en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi d’Hydro-Québec (S.R.Q.

1964, chapter 86, as amended) and by the Code of Civil Procedure, has become the owner, by expropriation, of the perpetual real rights of servitude required for the construction, replacement, maintenance and operation, on, above and under the servient land hereinafter described belonging to the OWNER, of one (or more) electrical transmission line(s) and of communication lines, by the deposit of a plan and the other documents prescribed by the Act, in the office of the registration division of . . .

2. The said perpetual real rights of servitude consist of:

(a) a right to place, replace, maintain and operate, on the said servient land, three (3) high- or low-voltage electrical transmission line(s), and communication lines, including towers and/or poles with the necessary footings, wires, cables, counterweights, anchor rods, guy lines and any other necessary or useful accessories;

(b) a right to cut, prune, remove and destroy, in any manner whatsoever and at any time, on the said servient land, any trees, shrubs, branches and bushes, and to remove any objects that may be found there;

(c) a right to move about on the said servient land, on foot or in a vehicle of any kind, in order to exercise any right granted to it hereunder;

(d) a right to cut, prune and remove any trees located outside the said servient land that could impede or interfere with the functioning, construction, replacement or maintenance of the said line(s), and, for these purposes, to move about on the land adjacent to the said servient land; and

(e) a prohibition against any person erecting any construction or structure on, above or under the said servient land, except for the erection of dividing fences and their gates, and changing the current elevation of this servient land.

3. In accordance with section 19 of the Watercourses Act (R.S.Q. 1964, chapter 84, as amended), the dominant land in whose favour the above-mentioned rights have thus been established as a perpetual real servitude consists in the electrical transmission line(s) erected or to be erected on the said servient land.

1964, chapitre 86 et amendements) et par le Code de Procédure Civile, est devenue propriétaire par voie d'expropriation des droits réels et perpétuels de servitude nécessaires à la construction, au remplacement, à l'entretien et à l'exploitation, sur, au-dessus et en-dessous du fonds servant ci-après décrit, appartenant au PROPRIÉTAIRE, d'une (de) lignes(s) de transmission d'énergie électrique et de lignes de communication, au moyen du dépôt d'un plan et des autres documents prescrits par la Loi, au bureau de la division d'enregistrement de . . .

2. Lesdits droits réels et perpétuels de servitude consistent :

a) En un droit de placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant trois (3) ligne(s) de transport d'énergie électrique, à haut ou faible voltage, et des lignes de communication, y compris des pylônes et/ou poteaux avec les empattements nécessaires, les fils, câbles, contrepoids, tiges d'ancrage, haubans et tous autres accessoires nécessaires ou utiles;

b) En un droit de couper, émonder, enlever et détruire, de quelque manière que ce soit et en tout temps, sur ledit fonds servant, tous arbres, arbustes, branches et buissons, et d'enlever tous objets qui s'y trouveraient;

c) En un droit en tout temps de circuler sur ledit fonds servant, à pied ou en véhicule de tout genre, pour exercer tout droit qui lui est accordé par les présentes;

d) En un droit de couper, émonder et enlever tous arbres situés en dehors dudit fonds servant, qui pourraient entraver les ou nuire aux fonctionnement, construction, remplacement ou entretien de la (des) dite(s) ligne(s), et, à ces fins, de circuler sur le terrain avoisinant ledit fonds servant;

e) En une interdiction pour toute personne d'ériger quelque construction ou structure sur, au-dessus et en-dessous dudit fonds servant, sauf l'érection des clôtures de division et leurs barrières, et de modifier l'élévation actuelle de ce fonds servant.

3. En conformité de l'article 19 de la Loi du Régime des Eaux (S.R.Q. 1964, chapitre 84 tel qu'amendé), le fonds dominant au bénéfice duquel les droits ci-dessus mentionnés ont ainsi été établis comme servitude réelle et perpétuelle, est constitué de la (des) ligne(s) de transmission d'énergie électrique érigée(s) ou à être érigée(s) sur ledit fonds servant.

4. The servient land on which the above-mentioned rights have thus been established as a perpetual real servitude consists in the following immovable, namely:

...

7. The total indemnity owed to the OWNER as a result of the expropriation of the above-mentioned perpetual real rights of servitude has been fixed by mutual agreement between the parties in the amount of . . . in full and final settlement of any amounts owed for any reason whatsoever.

THESE FACTS BEING DECLARED, the parties hereto make the following declarations and agreements:

ACQUITTANCE

The OWNER hereby acknowledges that the above-mentioned perpetual real rights of servitude affecting the servient land described above have been duly expropriated by the COMMISSION and that he has today received from the latter, to his entire satisfaction, the amount of . . . representing the indemnity mutually agreed upon between the OWNER and the COMMISSION, in full and final payment of any amount owed for any reason whatsoever, by the COMMISSION, further to the aforesaid expropriation, WHEREOF FULL AND FINAL ACQUITTANCE.

As a consequence of the aforesaid payment, the parties hereto require the Registrar to mention this agreement wherever doing so is necessary.

This indemnity takes into account, among other things, the value of the above-mentioned perpetual real rights of servitude and of the depreciation of the residual part of the said immovable, and covers the value of any timber situated at any time on the said servient land, which timber may be retrieved by the OWNER, in whole or in part, at his or her own expense and risk, as and when it is cut down, provided that it has not otherwise been used by the COMMISSION or its agents for the purposes of its undertaking.

Furthermore, this indemnity takes into account zero (0) hole(s) dug and used for towers, poles, guy lines and anchor rods placed or to be placed on the said servient land, as well as the existence of such towers, poles, guy lines and anchor rods.

Should the COMMISSION place a larger number of towers, poles, guy lines and anchor rods on the said

4. Le fonds servant sur lequel les droits ci-dessus mentionnés ont ainsi été établis comme servitude réelle et perpétuelle, est constitué de l'immeuble suivant, savoir :

...

7. L'indemnité totale due au PROPRIÉTAIRE par suite de l'expropriation des droits réels et perpétuels de servitude ci-dessus-mentionnés, a été fixée d'un commun accord entre les parties, à la somme de [. . .] en règlement complet et final de toute somme due à quelque titre que ce soit.

CES FAITS ÉTANT DÉCLARÉS, les parties aux présentes font les déclarations et les conventions suivantes :

QUITTANCE

Le PROPRIÉTAIRE reconnaît, par les présentes, que les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés, affectant le fonds servant ci-dessus décrit, ont été dûment expropriés par la COMMISSION et qu'il a reçu ce jour de cette dernière, à son entière satisfaction, la somme de [. . .], représentant l'indemnité convenue d'un commun accord entre le PROPRIÉTAIRE et la COMMISSION, en paiement complet et final de toute somme due à quelque titre que ce soit, par la COMMISSION, à la suite de l'expropriation susdite, DONT ET DU TOUT QUITTANCE GÉNÉRALE ET FINALE.

En conséquence du paiement susdit, les parties aux présentes requièrent le Régistrateur de faire mention des présentes partout où besoin sera.

Cette indemnité tient compte, entre autres choses, de la valeur des droits réels et perpétuels de servitude ci-dessus mentionnés, de la dépréciation au résidu dudit immeuble et couvre la valeur du bois se trouvant à quelque moment, sur ledit fonds servant, lequel bois pourra être récupéré par le PROPRIÉTAIRE, en tout ou en partie, à ses frais, risques et périls, au fur et à mesure qu'il sera coupé, pourvu qu'il n'ait pas été autrement utilisé par la COMMISSION ou ses agents pour les fins de son entreprise.

De plus, cette indemnité tient compte de aucun (0) trou(s) creusé(s) et utilisé(s) pour des pylônes, poteaux, haubans et tiges d'ancrage, placés ou à être placés sur ledit fonds servant, ainsi que de l'existence de tels pylônes, poteaux, haubans et tiges d'ancrage.

Si la COMMISSION venait à placer un plus grand nombre de pylônes, poteaux, haubans et tiges d'ancrage,

servient land, it shall pay, once the work has in each case been completed, to the person who is the owner of the said servient land at that time, the additional indemnity set out below, calculated as follows:

...

CONVEYANCE

In consideration of the said indemnity, the OWNER also hereby conveys and transfers to the COMMISSION, accepting, for all legal purposes and insofar as they may be needed, the above-mentioned perpetual real rights of servitude in the servient land described above, in favour of the dominant land described above.

CONDITION

The COMMISSION shall pay all costs related to this agreement, its registration and the necessary copies, including one copy for the OWNER.

INTERPRETIVE CLAUSES

...

2. All the clauses, conditions, obligations and agreements stipulated herein shall benefit and be binding on the OWNER's representatives, successors and assigns by particular or general title.

(A.R., at pp. 179-84)

[16] Having acquired the servitudes, the appellant went ahead with the construction of the Jacques-Cartier-Duvernay line.

B. Reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay Line

[17] In the early 1980s, the appellant reconfigured the Jacques-Cartier-Duvernay line to carry electricity from dams in northwestern Quebec southward. The electricity, which until then had come from hydro-electric power plants on the North Shore through the Jacques-Cartier substation, would from then on come from James Bay plants through the La Vérendrye substation.

sur ledit fonds servant, elle devra payer, lorsque les travaux seront en chaque cas terminés, à la personne qui sera alors propriétaire dudit fonds servant, l'indemnité additionnelle ci-après indiquée, calculée de la façon suivante :

...

CESSION

En considération de ladite indemnité, le PROPRIÉTAIRE, par les présentes, cède et transporte en outre à la COMMISSION, acceptant, à toutes fins que de droit et en autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés sur le fonds servant ci-dessus décrit, au bénéfice du fonds dominant ci-dessus décrit.

CONDITION

La COMMISSION paiera le coût des présentes, de leur enregistrement et des copies nécessaires, dont une pour le PROPRIÉTAIRE.

CLAUSES INTERPRÉTATIVES

...

2. Toutes les clauses, conditions, obligations et conventions stipulées dans les présentes profiteront aux et lieront les représentants, successeurs et ayants droit à titre particulier ou universel du PROPRIÉTAIRE.

(d.a., p. 179-184)

[16] Les servitudes ayant été acquises, l'appelante procède à la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay.

B. Le réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay

[17] Au début des années 1980, l'appelante réaménage la ligne Jacques-Cartier-Duvernay afin de transporter vers le sud l'électricité produite par les barrages situés dans le nord-ouest du Québec. Le courant, qui provenait jusque-là des centrales hydroélectriques de la Côte-Nord via le poste de transformation Jacques-Cartier, provient dorénavant des centrales de la Baie-James via le poste de transformation La Vérendrye.

[18] The Quebec government authorized new expropriations by Order in Council 899-80 of March 26, 1980. These measures did not affect the respondents' lots. No changes were made to the existing infrastructure. Only the origin of the electrons changed. The transmission line passing through the respondents' lots was no longer the Jacques-Cartier-Duvernay line, but the La Vérendrye-Duvernay line. Up until the time of the trial, the respondents were unaware that a reconfiguration had taken place.

C. Construction of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île Line

[19] On March 13, 2015, the Régie de l'énergie du Québec authorized a proposed electrical transmission line between the Chamouchouane and Bout-de-l'Île substations. This time, the construction of the new line had obvious, tangible repercussions on the respondents' lots. It involved routing a second electrical transmission line through them.

[20] By Order in Council 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927, of August 9, 2016, the government authorized the appellant to go ahead with the required expropriations. The respondents' lots were excluded from the scope of the order in council. According to the appellant, the servitudes granted in the 1970s allowed it to route up to three lines through the respondents' lots, which meant that the project did not require any new expropriations there. The respondents disagreed with this interpretation, taking the view that the rights arising from the servitudes established when the Jacques-Cartier-Duvernay line was constructed were limited to that one line only.

[21] The appellant then applied for an injunction and obtained a safeguard order as well as interlocutory injunctions, to remain in force pending judgment in its application for a permanent injunction. In a cross-application, the respondents sought damages for unauthorized use of the servitudes following the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line and for hardship and inconvenience caused by the existing infrastructure. On November 17, 2016, the parties had the proceeding split so as to have the hearing of the cross-application postponed to a

[18] Par le Décret 899-80 du 26 mars 1980, le gouvernement du Québec autorise de nouvelles expropriations. Ces mesures ne touchent pas les terrains des intimés. Aucune modification n'est apportée aux infrastructures en place. Seule la provenance de l'électron change. La ligne de transport qui passe par les terrains des intimés n'est plus la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, mais la ligne La Vérendrye-Duvernay. Jusqu'au moment du procès, les intimés ignoraient qu'un réaménagement avait eu lieu.

C. La construction de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île

[19] Le 13 mars 2015, la Régie de l'énergie du Québec autorise la réalisation d'un projet de ligne de transport d'électricité entre les postes de transformation de la Chamouchouane et du Bout-de-l'Île. La construction de cette nouvelle ligne entraîne cette fois-ci des répercussions concrètes évidentes sur les terrains des intimés. Il s'agit en effet d'y faire passer une deuxième ligne de transport d'énergie électrique.

[20] Par le Décret 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927, du 9 août 2016, le gouvernement autorise l'appelante à procéder aux expropriations requises. Les terrains des intimés sont exclus de la portée du décret. Selon l'appelante, les servitudes consenties dans les années 1970 lui permettent de faire passer jusqu'à trois lignes, de telle sorte que la réalisation du projet ne requiert pas de nouvelles expropriations sur les terrains des intimés. Ces derniers sont en désaccord avec cette interprétation et se disent d'avis que les droits découlant des servitudes établies lors de la réalisation de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay se limitent à cette seule ligne.

[21] L'appelante intente alors un recours en injonction et obtient une ordonnance de sauvegarde ainsi que des injonctions interlocutoires pour valoir jusqu'au jugement sur la demande d'injonction permanente. Dans une demande reconventionnelle, les intimés réclament des dommages-intérêts pour l'usage non autorisé des servitudes à la suite du réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay et pour des troubles et inconvénients occasionnés par les infrastructures en place. Le 17 novembre 2016, les parties obtiennent une scission de l'instance pour

later date, depending on the outcome on the issue of the scope of the servitudes: see 2018 QCCA 838, at para. 5 (CanLII).

IV. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (Sansfaçon J.), 2017 QCCS 2347*

[22] At trial, Sansfaçon J. ruled in favour of the appellant. He found that the servitudes at issue had originally been acquired by expropriation (para. 24 (CanLII)), but that the subsequent agreements had clarified their purpose and scope while also recording the amounts of the indemnities that were paid and the fact that acquittances had been given: paras. 6-7 and 38.

[23] In the trial judge's opinion, the solution to the dispute could be found in the description of the servitudes set out in the notices of expropriation and the agreements, and there was nothing in that description that limited the appellant's rights to the Jacques-Cartier-Duvernay line (paras. 28-29 and 38). He found that the reference to the construction of that line in the preamble to the notices of expropriation had no impact on the scope of the servitudes: paras. 34 and 36. In his view, the agreements were clear and left no room for doubt in this regard: they authorized the appellant to erect three electrical transmission lines (or more, in some cases) and did not mention the origin or the destination of the electricity (para. 38).

[24] Sansfaçon J. rejected the argument regarding unauthorized use of the servitudes following the re-configuration of the Jacques-Cartier-Duvernay line on the basis that the notices of expropriation and the agreements contained no restrictions in this regard: paras. 41-43. He noted in passing that this work had in no way affected the respondents' lots or the servitudes at issue: paras. 41-42.

[25] Having concluded that the appellant benefited from servitudes authorizing it to place three electrical transmission lines on the respondents' lots, and therefore to proceed with the construction of the

reporter à une date ultérieure l'audition de la demande reconventionnelle, suivant l'issue du débat sur la portée des servitudes en litige : voir 2018 QCCA 838, par. 5 (CanLII).

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (le juge Sansfaçon), 2017 QCCS 2347*

[22] En première instance, le juge Sansfaçon donne raison à l'appelante. Il constate que les servitudes en litige ont d'abord été acquises par expropriation (par. 24 (CanLII)), mais que les conventions intervenues par la suite ont apporté des précisions quant à leur objet et leur portée, tout en consignait le montant des indemnités versées et le fait que des quittances ont été consenties : par. 6-7 et 38.

[23] De l'avis du juge, la solution au litige ressort du texte des servitudes tel qu'il figure dans les avis d'expropriation et les conventions : nulle part il n'y est question de limiter les droits de l'appelante à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay (par. 28-29 et 38). Il estime que la mention de la construction de cette ligne dans le préambule des avis d'expropriation n'a aucune incidence sur la portée des servitudes : par. 34 et 36. Selon lui, les conventions sont claires et écartent toute forme de doute à cet égard : elles autorisent l'appelante à ériger trois lignes de transport d'électricité (ou plus, dans certains cas) sans faire mention de l'origine ou de la destination du courant (par. 38).

[24] L'argument relatif à l'usage non autorisé des servitudes à la suite du réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay est rejeté au motif que les avis d'expropriation et les conventions ne contiennent aucune restriction à cet égard : par. 41-43. Au passage, le juge Sansfaçon souligne que ces travaux n'ont affecté en rien les terrains des intimés ou les servitudes en litige : par. 41-42.

[25] Ayant conclu que l'appelante bénéficie de servitudes qui l'autorisent à placer trois lignes de transport d'énergie électrique sur les terrains des intimés, et donc à procéder à la construction de la ligne

Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, he granted the injunction and dismissed the cross-application.

B. *Quebec Court of Appeal (Morissette, Healy and Roy J.J.A.), 2018 QCCA 838*

[26] The Court of Appeal allowed the respondents' appeal. It remarked at the outset that Sansfaçon J.'s decision to dismiss the cross-application had been *ultra petita*, as the splitting of the proceeding meant that that matter had no longer been before him: paras. 2, 5-6 and 38.

[27] In the Court of Appeal's view, the servitudes at issue had been acquired by expropriation and should therefore be characterized as servitudes established by operation of law: paras. 17-18. This led the Court of Appeal to find that the agreements should be analyzed in light of the limits imposed by Order in Council 3360-72 and that the scope of the servitudes did not extend beyond what had been authorized by that order in council: para. 18. Noting that the existence of a notice of expropriation does not preclude the negotiation of conventional servitudes, the court stated that the agreements entered into in this case should not be characterized in that way, given that they referred to servitudes that had been acquired by expropriation: para. 21.

[28] The Court of Appeal expressed the opinion that the appellant could not rely on the servitudes in its favour for the construction of the new Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, because [TRANSLATION] "Order in Council 3360-72, the plan, the notices of expropriation and prior possession, the agreements and the acquittances all refer to servitudes for the construction of transmission lines between Jacques-Cartier and Duvernay": para. 22. Having found that Order in Council 720-2016 of August 9, 2016 empowered the appellant to acquire servitudes by expropriation, the court invited the appellant to proceed by way of new expropriations or agreements: para. 24.

[29] The Court of Appeal rejected the respondents' argument that the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line had resulted in a substitution for the dominant land: para. 29. It nonetheless

Chamouchouane-Bout-de-l'Île, il accorde l'injonction et rejette la demande reconventionnelle.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Healy et Roy), 2018 QCCA 838*

[26] La Cour d'appel accueille le pourvoi formé par les intimés. D'emblée, elle relève que le juge Sansfaçon s'est prononcé *ultra petita* en rejetant la demande reconventionnelle dont il n'était plus saisi en raison de la scission de l'instance : par. 2, 5-6 et 38.

[27] Les servitudes en litige, ayant été acquises par voie d'expropriation, se qualifient selon elle de servitudes établies par l'effet de la loi : par. 17-18. Cela l'amène à considérer que les conventions s'analysent à la lumière des limites imposées par le Décret 3360-72 et que la portée des servitudes ne s'étend pas au-delà de ce qui a été autorisé par ce décret : par. 18. Ayant rappelé que l'existence d'un avis d'expropriation n'empêche pas la négociation de servitudes conventionnelles, elle affirme que les conventions intervenues en l'espèce ne devraient pas être qualifiées ainsi puisqu'elles font référence à des servitudes acquises par expropriation : par. 21.

[28] La Cour d'appel se dit d'avis que l'appelante ne peut s'autoriser des servitudes dont elle bénéficie pour construire la nouvelle ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, car « l'arrêté en conseil 3360-72, le plan, les avis d'expropriation et de prise de possession, les conventions et les quittances réfèrent tous à des servitudes pour construire des lignes de transmission entre Jacques-Cartier et Duvernay » : par. 22. Ayant conclu que le Décret 720-2016 du 9 août 2016 l'habilite à acquérir des servitudes par expropriation, elle invite l'appelante à procéder par de nouvelles expropriations ou convention : par. 24.

[29] L'argument des intimés portant que le réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay aurait entraîné la substitution du fonds dominant est rejeté : par. 29. La Cour d'appel estime néanmoins

determined that, since the reconfiguration, the appellant had been using the servitudes in its favour for a purpose other than the one provided for in the acts establishing them: para. 37. The court referred the matter of monetary compensation to the judge who would be hearing the cross-application.

C. *Quebec Court of Appeal (Savard J.A.), 2018 QCCA 1189*

[30] The appellant announced that it intended to appeal to this Court, and applied for a stay of the Court of Appeal's judgment. The respondents pointed out that their proceedings were intended not to prevent the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line from being completed, but to obtain financial compensation. Savard J.A. ordered a stay, noting that other owners in the same situation were relying on the Court of Appeal's judgment to prevent the appellant from going ahead with its work.

V. Issues

[31] This appeal raises the following issues:

- A. Did the Quebec Court of Appeal err by reassessing the evidence?
- B. Are the power line servitudes in favour of the appellant limited to the Jacques-Cartier-Duvernay line?
- C. Was the appellant's reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line in the 1980s incompatible with the servitudes?
- D. Are the appellant's proceedings abusive?

VI. Analysis

- A. *Did the Quebec Court of Appeal Err by Reassessing the Evidence?*

[32] The appellant submits that the Court of Appeal reassessed the evidence in the absence of a palpable and overriding error in concluding at para. 22 that [TRANSLATION] “the agreements and the acquittances

que, depuis ce réaménagement, l'appelante utilise les servitudes dont elle bénéficie pour une fin autre que celle prévue aux actes constitutifs : par. 37. Elle renvoie la question de la compensation monétaire au juge qui sera saisi de la demande reconventionnelle.

C. *Cour d'appel du Québec (la juge Savard), 2018 QCCA 1189*

[30] L'appelante dénonce son intention de se pourvoir devant notre Cour et demande un sursis d'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel. Les intimés rappellent que leurs démarches ne visent pas à empêcher la réalisation de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, mais à obtenir une compensation financière. Prenant note du fait que d'autres propriétaires dans la même situation invoquent l'arrêt de la Cour d'appel pour empêcher l'appelante de procéder à ses travaux, la juge Savard ordonne le sursis d'exécution.

V. Questions en litige

[31] Le présent appel soulève les questions suivantes :

- A. La Cour d'appel du Québec s'est-elle livrée à tort à une nouvelle analyse de la preuve?
- B. Les servitudes de transport d'énergie électrique dont bénéficie l'appelante sont-elles restreintes à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay?
- C. L'appelante a-t-elle contrevenu aux servitudes lorsqu'elle a réaménagé la ligne Jacques-Cartier-Duvernay au cours des années 1980?
- D. Les procédures entreprises par l'appelante sont-elles abusives?

VI. Analyse

- A. *La Cour d'appel du Québec s'est-elle livrée à tort à une nouvelle analyse de la preuve?*

[32] L'appelante prétend que la Cour d'appel s'est livrée à une nouvelle analyse de la preuve en l'absence d'erreur manifeste et déterminante lorsqu'elle a conclu, au par. 22, que « les conventions

... refer to servitudes for the construction of transmission lines between Jacques-Cartier and Duvernay” (emphasis added). The appellant also claims that the court conducted its own research regarding Order in Council 720-2016 of August 9, 2016 after the conclusion of oral argument. The respondents’ position on this point is not entirely clear. After acknowledging that the Court of Appeal [TRANSLATION] “conducted a full, in-depth analysis of all the evidence” (R.F., at para. 29), they submit that it did not reconsider any questions of fact and that its intervention in the trial judge’s findings presupposed the existence of a reviewable error.

[33] Absent a palpable and overriding error, an appellate court must refrain from interfering with findings of fact and findings of mixed fact and law made by the trial judge: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-37; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352. An error is *palpable* if it is plainly seen and if all the evidence need not be reconsidered in order to identify it, and is *overriding* if it has affected the result: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 55-56 and 69-70; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, at para. 33. As Morissette J.A. so eloquently put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] “a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions”: quoted in *Benhaim*, at para. 39. The beam in the eye metaphor not only illustrates the obviousness of a reviewable error, but also connotes a misreading of the case whose impact on the decision is plain to see.

[34] The respondents submit that in itself the intervention of a court of appeal with regard to findings of fact or of mixed fact and law presupposes, at least implicitly, that the court first identified a palpable and overriding error. I disagree. The appellate court must point to a palpable and overriding error before such an intervention; otherwise, this Court, if it does not identify a reviewable error,

et les quittances réfèrent [. . .] à des servitudes pour construire des lignes de transmission entre Jacques-Cartier et Duvernay » (je souligne). Elle lui reproche par ailleurs d’avoir effectué ses propres recherches sur le Décret 720-2016 du 9 août 2016 après l’audition des plaidoiries. La position des intimés à cet égard n’est pas des plus limpides. Ayant reconnu que la Cour d’appel a « fait une analyse complète et approfondie de l’ensemble de la preuve » (m.i., par. 29), ils soutiennent qu’elle n’a pas procédé à une analyse *de novo* de questions de fait et que son intervention à l’égard des conclusions du juge de première instance présupposait l’existence d’une erreur révisable.

[33] En l’absence d’une erreur manifeste et déterminante, une cour d’appel doit se garder de modifier les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit tirées par le juge de première instance : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-37; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352. Une erreur est *manifeste* lorsqu’elle relève de l’évidence et qu’il n’est pas nécessaire de réexaminer toute la preuve pour s’en apercevoir; elle est *déterminante* lorsqu’elle a influencé la décision : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 55-56 et 69-70; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729, par. 33. Pour reprendre la formule éloquente du juge Morissette dans l’arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l’aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l’œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions » : cité dans *Benhaim*, par. 39. La métaphore de la poutre dans l’œil illustre non seulement le caractère flagrant de l’erreur révisable; elle connote aussi une lecture faussée de l’affaire dont les répercussions sur la décision se constatent aisément.

[34] Les intimés soutiennent qu’à elle seule, l’intervention d’une cour d’appel à l’égard de conclusions de fait ou de conclusions mixtes de fait et de droit suppose, au moins implicitement, que la cour a identifié au préalable une erreur manifeste et déterminante. Je ne partage pas cet avis. La juridiction d’appel doit cibler une erreur manifeste et déterminante avant de procéder à de telles interventions;

must restore the trial judge's decision: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 36; *H.L.*, at paras. 56 and 70; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at para. 51; *Salomon*, at paras. 109-10, per Côté J., dissenting, but not on this point; *Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406, at para. 71, per Côté, Brown and Rowe JJ., dissenting, but not on this point. The role of this deferential standard of review would not be fulfilled if every intervention for which no justification was given had to be assumed to be implicitly consistent with it. It would be desirable for an appellate court to precisely identify the palpable and overriding errors in respect of which it is intervening; but in every case, it must be clear from the court's reasons that it has applied the appropriate standard of review.

[35] In the case at bar, the Court of Appeal made the two errors it is purported to have made.

[36] First, it substituted its own opinion for that of the trial judge regarding a question of fact in reaching, I would add, a conclusion that was clearly contrary to the evidence. At para. 22 of its reasons, it wrote:

[TRANSLATION] Because Order in Council 3360-72, the plan, the notices of expropriation and prior possession, the agreements and the acquittances all refer to servitudes for the construction of transmission lines between Jacques-Cartier and Duvernay, Hydro-Québec cannot rely on these servitudes for the construction of the new Chamouchouane–Bout-de-l'Île line. [Emphasis added.]

This statement is incorrect. One need only read the words of the agreements and the acquittances to realize that they do not contain even the most obscure allusion to a line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. The error is especially significant given that it is intimately linked to the findings on the main issue in the case: the scope of the servitudes established in favour of the appellant.

autrement, il incombera à notre Cour, si elle n'identifie pas d'erreur révisable, de rétablir la décision de première instance : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 36; *H.L.*, par. 56 et 70; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, par. 51; *Salomon*, par. 109-110, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point; *Modern Concept d'entretien inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406, par. 71, les juges Côté, Brown et Rowe, dissidents, mais non sur ce point. Cette norme de contrôle marquée au coin de la déférence et de la retenue ne remplirait pas son rôle si l'on devait tenir pour acquis que chaque intervention non motivée la respecte implicitement. Il serait souhaitable qu'une cour d'appel identifie de façon précise les erreurs manifestes et déterminantes à l'égard desquelles elle intervient; mais dans tous les cas, il doit ressortir clairement de ses motifs qu'elle a respecté la norme de contrôle applicable.

[35] En l'espèce, la Cour d'appel a commis les deux erreurs qui lui sont reprochées.

[36] Premièrement, elle a substitué son opinion à celle du juge de première instance sur une question de fait en parvenant, au surplus, à une conclusion carrément contraire à la preuve. Au par. 22 de sa décision, elle écrit :

Comme l'arrêté en conseil 3360-72, le plan, les avis d'expropriation et de prise de possession, les conventions et les quittances réfèrent tous à des servitudes pour construire des lignes de transmission entre Jacques-Cartier et Duvernay, Hydro-Québec ne peut s'autoriser de ces servitudes pour construire la nouvelle ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île. [Je souligne.]

Cette affirmation est inexacte. Il suffit de lire le libellé des conventions et des quittances pour constater que celui-ci ne renferme pas la moindre allusion à une ligne entre les postes de Jacques-Cartier et de Duvernay. L'erreur s'avère d'autant plus significative qu'elle est intimement liée aux conclusions sur la principale question en litige, à savoir la portée des servitudes établies en faveur de l'appelante.

[37] Second, the Court of Appeal compromised the fairness of the proceeding by drawing conclusions regarding the application of Order in Council 720-2016, of which it took judicial notice after the hearing without notifying the parties. The court wrote:

[TRANSLATION] On August [9], 2016, after the proceedings began, the government issued another order in council to enable Hydro-Québec to acquire the necessary servitudes for the construction of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line. Hydro-Québec therefore has the authority to acquire servitudes for the construction of the new line, but must follow the appropriate procedure, that is, either proceed by expropriation or obtain conventional servitudes. [Emphasis added; footnote omitted; para 24.]

[38] This order in council with respect to expropriation has never been raised by the parties. It was not formally filed in the trial record, nor did it appear in the appeal record. It was touched on in passing at trial, and counsel for the respondents confirmed that the 2016 order in council did *not* cover his clients' lots. It did not come up at all in oral argument in the Court of Appeal.

[39] In all likelihood, the Court of Appeal conducted its own research after the conclusion of oral argument. Because the order in council had been published in the *Gazette officielle du Québec*, the court could take judicial notice of it: art. 2807 *C.C.Q.* But the court did much more than that: it decided the case on the basis of the order in council without giving the parties the opportunity to be heard on this subject. However, the scope of Order in Council 720-2016 is not clear from its words. It authorizes Hydro-Québec

[TRANSLATION] to acquire, by expropriation, the immovables or servitudes required for the construction and operation of the 735-kV Chamouchouane-Bout-de-l'Île project, as well as the related infrastructure and equipment on the land hereinafter defined in accordance with the plans prepared by Éric Deschamps, Land Surveyor, on March 10, 2016, under number 10838 of his minutes, and by Richard Lamontagne, Land Surveyor, on March 15, 2016, under number 236 of his minutes

[37] Deuxièmement, la Cour d'appel a compromis l'équité de la procédure en tirant des conclusions sur l'application du Décret 720-2016, dont elle a pris connaissance d'office après l'audition et sans en aviser les parties. En effet, elle écrit :

Le [9] août 2016, le gouvernement, après le début des procédures, a adopté un autre décret pour permettre à Hydro-Québec d'acquérir les servitudes nécessaires pour la construction de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île. Celle-ci est donc habilitée à procéder à l'acquisition de servitudes pour la construction de la nouvelle ligne, mais elle doit suivre la procédure appropriée, c'est-à-dire soit procéder par expropriation, soit obtenir des servitudes conventionnelles. [Je souligne; note en bas de page omise; par. 24.]

[38] Le décret d'expropriation en question n'a jamais été allégué par les parties. Il n'avait pas été formellement produit au dossier de première instance, et ne figurait pas non plus au dossier d'appel. Il a été furtivement évoqué en première instance, et l'avocat des intimés a confirmé que le décret de 2016 *ne* couvrait *pas* les lots de ses clients. Il n'en a pas du tout été question lors des plaidoiries en appel.

[39] Selon toute vraisemblance, la Cour d'appel a mené ses propres recherches après l'audition des plaidoiries. Le décret ayant été publié dans la *Gazette officielle du Québec*, elle pouvait en prendre connaissance d'office : art. 2807 *C.c.Q.* Mais elle a fait bien plus : elle y a trouvé une solution au litige, et ce sans fournir aux parties l'occasion d'être entendues à cet égard. Or, la portée du Décret 720-2016 ne ressort pas de son libellé même. En effet, celui-ci autorise Hydro-Québec

à acquérir, par voie d'expropriation, les immeubles ou les servitudes requis pour la construction et l'exploitation du projet à 735 kV de la Chamouchouane-Bout-de-l'Île, ainsi que les infrastructures et les équipements connexes sur les territoires ci-après définis, selon les plans préparés par monsieur Éric Deschamps, arpenteur-géomètre, le 10 mars 2016, sous le numéro 10838 de ses minutes, et par monsieur Richard Lamontagne, arpenteur-géomètre, le 15 mars 2016, sous le numéro 236 de ses minutes

[40] It is therefore necessary to refer to the plans in question in order to determine whether the appellant's expropriation powers under Order in Council 720-2016 extend to the respondents' lots. Those plans were not published in the *Gazette officielle du Québec*, nor were they filed in evidence or even alleged or argued by the parties. This could mean one of two things: either the Court of Appeal considered plans that were not in evidence and drew erroneous conclusions from them, or it assumed, without verifying, that the respondents' lots appeared on the land surveyors' plans. Whichever is the case, the approach taken raises serious concerns relating to procedural fairness, as the appellant never had the opportunity to make representations regarding this non-viable solution which has been imposed on it, and which could not have been foreseen given what was actually discussed in the course of the litigation.

[41] On November 22, 2019, my colleague Brown J. granted the appellant leave to adduce new evidence for the purpose of establishing that Order in Council 720-2016 does *not* authorize the expropriation proceedings on the respondents' lots. It in fact appears that the section of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line where those lots are located was excluded from the plans to which the order in council refers. The appellant explains that it did not ask the government for authorization to expropriate the lots in question, because it believed it already had the real rights it needed to carry out its project. It cannot therefore be said that the appellant is authorized to acquire, by expropriation, new servitudes on the respondents' lots for the construction of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line: C.A. reasons, at para. 24. Indeed, it has no such authorization.

[42] The two errors discussed above are significant enough to persuade me to allow this appeal. However, given the circumstances of this case, I think it is necessary to reconsider the Court of Appeal's conclusions regarding the scope and exercise of the servitudes established in favour of the appellant.

[40] Ainsi, pour décider si les pouvoirs d'expropriation conférés à l'appelante par le Décret 720-2016 s'étendent ou non aux lots des intimés, il est nécessaire de se reporter aux plans en question. Ceux-ci n'ont pas été publiés à la *Gazette officielle du Québec*; ils n'ont pas non plus été produits en preuve, ni même allégués ou invoqués par les parties. De deux choses l'une, donc. Ou bien la Cour d'appel a considéré des plans qui n'étaient pas en preuve et en a inféré des conclusions erronées; ou bien elle a tenu pour acquis, sans faire de vérification, que les lots des intimés figuraient sur les plans des arpenteurs-géomètres. Dans les deux cas, la démarche soulève de sérieuses préoccupations en matière d'équité procédurale, car l'appelante n'a jamais eu l'occasion de présenter des observations au sujet de cette solution non viable qui lui est imposée et que les paramètres du débat ne permettaient pas d'anticiper.

[41] Le 22 novembre 2019, mon collègue le juge Brown accordait à l'appelante la permission de déposer une preuve nouvelle destinée à établir que le Décret 720-2016 *n'*autorise *pas* les procédures d'expropriation sur les lots appartenant aux intimés. De fait, il appert que la section de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île où se situent les lots des intimés a été exclue des plans auxquels renvoie le décret. L'appelante explique s'être abstenue de demander au gouvernement l'autorisation d'exproprier ces lots, puisqu'elle estimait déjà posséder les droits réels pour mener à bien son projet. Dès lors, on ne saurait affirmer que l'appelante est habilitée à procéder par expropriation à l'acquisition de nouvelles servitudes sur les lots des intimés pour la construction de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île : motifs de la C.A., par. 24. En vérité, elle ne détient aucune habilitation à cet égard.

[42] Les deux erreurs relevées plus haut sont suffisamment importantes pour me convaincre d'accueillir le présent pourvoi. Toutefois, considérant les circonstances de la présente affaire, il m'apparaît nécessaire de revenir sur les conclusions de la Cour d'appel quant à la portée et à l'exercice des servitudes établies en faveur de l'appelante.

B. Are the Power Line Servitudes in Favour of the Appellant Limited to the Jacques-Cartier-Duvernay Line?

[43] In this Court, the appellant submits that the servitudes should be characterized as conventional servitudes given that they were negotiated with the respondents' predecessors in title after the notices of expropriation were published. The agreements, which alone define the object and scope of the servitudes, should therefore prevail over the notices of expropriation. It would be inappropriate to interpret the servitudes having regard to an external document such as Order in Council 3360-72 which, moreover, does not appear in the land register. Under the agreements, the appellant can construct three electrical transmission lines regardless of the origin or destination of the electricity they carry.

[44] The respondents counter that the servitudes were acquired by expropriation and that the agreements concern only the indemnity that was payable. In oral argument, their counsel essentially maintained that the agreements on which the appellant relies have two parts. The first part begins with the following words:

[TRANSLATION] WHICH PARTIES [i.e., the parties to the act], prior to the acquittance and the agreements which are the subject hereof, do declare as follows

The second begins as follows:

THESE FACTS BEING DECLARED, the parties hereto make the following declarations and agreements

(A.R., at pp. 180 and 182)

In the respondents' view, this structure suggests that the first part of the agreements, in which the real rights flowing from the servitudes are enumerated, plays the role of a mere declaratory preamble, while the content of the agreement proper is limited to the indemnities and the acquittance stipulated in the second part. Accordingly, the servitudes, having been established by operation of law, should be interpreted in light of Order in Council 3360-72 and

B. Les servitudes de transport d'énergie électrique dont bénéficie l'appelante sont-elles restreintes à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay?

[43] Devant notre Cour, l'appelante prétend que les servitudes se qualifient de conventionnelles, puisqu'elles ont été négociées avec les auteurs des intimés après la publication des avis d'expropriation. Ces avis devraient donc céder devant les conventions, dont le texte seul déterminerait l'objet et la portée des servitudes. Il n'y aurait pas lieu d'interpréter ces servitudes en se reportant à un document externe comme le Décret 3360-72 qui, du reste, n'apparaît pas au registre foncier. Conformément aux conventions, l'appelante pourrait construire trois lignes de transport d'électricité sans égard à l'origine ou à la destination du courant qui les traverse.

[44] Les intimés répondent que les servitudes ont été acquises par expropriation et que les conventions ne portent que sur l'indemnité payable. Dans sa plaidoirie, leur avocat soutient essentiellement que les conventions sur lesquelles s'appuie l'appelante sont structurées en deux parties. La première est celle qui commence par les mots :

LESQUELS [c'est-à-dire les parties à l'acte], préalablement à la quittance et aux conventions qui font l'objet des présentes, déclarent ce qui suit

Et la seconde, par :

CES FAITS ÉTANT DÉCLARÉS, les parties aux présentes font les déclarations et les conventions suivantes

(d.a., p. 180 et 182)

D'après les intimés, il découlerait de cette structure que la première partie des conventions, où sont énumérés les droits réels conférés par les servitudes, jouerait le rôle d'un simple préambule déclaratif, tandis que le contenu de l'entente proprement dite se limiterait aux indemnités et à la quittance stipulées dans la deuxième partie. Par conséquent les servitudes, ayant été établies par l'effet de la loi, devraient s'interpréter en fonction du Décret 3360-72 et des

the documents subsequent to it — namely the notices of expropriation and the plans — which prevail over the declaratory provisions in the first part of the notarial agreements. Because the order, the notices of expropriation and the plans refer to the Jacques-Cartier-Duvernay line, it follows, they submit, that the servitudes only permit the construction or operation of lines between those two substations.

(1) Characterization of the Post-Expropriation Agreements

[45] The disagreement between the courts below with regard to the characterization of the servitudes at issue essentially rests on the characterization of the post-expropriation agreements. The Court of Appeal recognized that publishing a notice of expropriation does not bar the expropriating party and the expropriated party from subsequently negotiating conventional servitudes, but it concluded that the appellant and the respondents' predecessors in title had negotiated nothing of the sort, given that their agreements referred to servitudes acquired by expropriation and that such references would preclude the servitudes being characterized as conventional servitudes: para. 21.

[46] The characterization of the agreements at issue is so intimately linked to the assessment of the facts that I see this more as a question of mixed fact and law than as a pure question of law: *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59, at paras. 38 and 42; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101, at para. 49. With respect, I find that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's conclusions in the absence of a palpable and overriding error. There is no such error in Sansfaçon J.'s conclusion, which is perfectly justifiable in light of the evidence.

[47] First, the agreements contain a clause entitled “*Cession*” (Conveyance), by which:

[TRANSLATION] . . . the OWNER . . . conveys and transfers to the COMMISSION, accepting, for all legal purposes

documents qui en découlent, à savoir les avis d'expropriation et les plans. Ceux-ci auraient préséance sur les dispositions déclaratives contenues dans la première partie des conventions notariées. Puisque le décret, les avis d'expropriation et les plans font allusion à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, il s'en suivrait que les servitudes autoriseraient seulement la construction ou l'exploitation de lignes entre ces deux postes.

(1) La qualification des conventions postérieures à l'expropriation

[45] Le désaccord entre les cours d'instances inférieures au sujet de la qualification des servitudes en litige repose essentiellement sur la qualification des conventions postérieures à l'expropriation. La Cour d'appel reconnaît que la publication d'un avis d'expropriation n'empêche pas l'expropriant et l'exproprié de négocier par la suite des servitudes conventionnelles; elle conclut cependant que l'appellante et les auteurs des intimés n'ont rien négocié de tel, au motif que leurs conventions se réfèrent à des servitudes acquises par expropriation et que de telles références feraient obstacle à leur qualification de servitudes conventionnelles : par. 21.

[46] La qualification des conventions en litige est si intimement liée à l'appréciation des faits que j'y vois plutôt une question mixte qu'une question de droit : *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, par. 38 et 42; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101, par. 49. Avec égards, j'estime que la Cour d'appel a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante. Aucune erreur de ce type n'entache la conclusion du juge Sansfaçon, laquelle s'avère parfaitement justifiable au regard de la preuve.

[47] Premièrement, le texte des conventions contient une clause intitulée « *Cession* » par laquelle :

. . . le PROPRIÉTAIRE [. . .] cède et transporte [. . .] à la COMMISSION, acceptant, à toutes fins que de droit et en

and insofar as they may be needed, the above-mentioned perpetual real rights of servitude in the servient land . . . in favour of the dominant land

This clause appears after the acquittance, that is, in the part of the agreement that opens with the phrase “THESE FACTS BEING DECLARED, the parties hereto make the following declarations and agreements”. It is thus, according to the respondents’ argument, at the core of the agreement proper. It explicitly states that the owner of the servient land grants the owner of the dominant land the servitudes described in para. 2 of the preceding part. This is confirmed by the use of the word “*cession*” in the heading of the clause in question. At the time the agreements at issue were signed, leading French dictionaries defined this word as follows:

[TRANSLATION] [**Conveyance**]. . . The action of conveying, transferring to another that which one owns.

(*Dictionnaire de l’Académie française* (8th ed. 1932), vol. 1, at p. 212)

[TRANSLATION] [**C**onveyance . . . 1. The action of abandoning to another person a right which one holds or owns 2. The action of conveying to another person property in one’s possession

(*Grand Larousse de la langue française* (1971), vol. 1, at p. 652)

[TRANSLATION] [**Conveyance**] . . . *Law*. The action of conveying (a right, property). See transfer; assignment, sale.

...

Convey . . . 2. *Law*. To transfer ownership of a thing to another person. See grant, divest, deliver, reconvey, transfer, sell

(P. Robert, *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française* (1976), at p. 250 and p. 242)

[48] Second, Sansfaçon J. found that after the notices of expropriation were published, the parties’ predecessors in title had [TRANSLATION] “sign[ed] an agreement . . . in which they detailed the object

autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés sur le fonds servant [. . .], au bénéficiaire du fonds dominant . . .

Cette clause figure à la suite de la quittance, c’est-à-dire dans la partie de la convention qui commence par les mots « CES FAITS ÉTANT DÉCLARÉS, les parties aux présentes font les déclarations et les conventions suivantes ». Elle se trouve donc, suivant l’argument des intimés, au cœur de l’entente proprement dite. Or, elle indique en toutes lettres que le propriétaire du fonds servant consent au propriétaire du fonds dominant les servitudes décrites au par. 2 de la partie précédente. Le terme « cession » qui chapeaute cette clause le confirme. À l’époque des conventions en litige, les principaux dictionnaires en donnaient les définitions suivantes :

[**Cession**]. [. . .] Action de céder, de transférer à un autre ce dont on est propriétaire.

(*Dictionnaire de l’Académie française* (8^e éd. 1932), t. 1, p. 212)

[**C**ession [. . .] 1. Action d’abandonner à une autre personne un droit dont on est titulaire ou propriétaire [. . .] 2. Action de céder à une autre personne un bien que l’on possède . . .

(*Grand Larousse de la langue française* (1971), t. 1, p. 652)

[**Cession**] *Dr.* Action de céder (un droit, un bien). V. Transmission; transfert, transport, vente.

...

Céder [. . .] 2. *Dr.* Transporter la propriété d’une chose à une autre personne. V. Concéder, dessaisir (se), livrer, rétrocéder, transférer, vendre . . .

(P. Robert, *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française* (1976), p. 250 et p. 242)

[48] Deuxièmement, le juge Sansfaçon considère qu’après la publication des avis d’expropriation, les auteurs des parties ont « sign[é] une convention [. . .] dans laquelle ils précisent l’objet de la

of the servitude” : para. 6 (emphasis added).³ After reproducing the substantive portions of the notices of expropriation, he pointed to the provisions of the notarial agreements, which vary as regards the number of electrical transmission lines that can be placed on the servient land: paras. 5-7. Although the notices of expropriation are vague regarding the number of lines authorized by the servitudes, [TRANSLATION] “in most of the contracts at issue, this number of lines is set at three”: para. 7. A discrepancy between the two instruments regarding such an important stipulation tends to confirm that negotiations with respect to the scope of the servitudes themselves were conducted after the notices of expropriation had been published.

[49] Third, I have difficulty seeing how the agreements at issue can be characterized without taking into account the real rights obtained by the appellant, focusing instead on the monetary consideration as if these were merely compensation agreements. I cannot agree with the respondents’ argument that their predecessors in title *agreed* to the amount of the indemnity but only *recognized* the expropriation itself. According to the very words of the agreements, the indemnity is simply the consideration for the main prestation set out in the [TRANSLATION] “Conveyance” clause, which is reproduced above: it is “[i]n consideration of the said indemnity” that the owner of the servient land “conveys and transfers . . . accepting, for all legal purposes and insofar as they may be needed, the . . . perpetual real rights of servitude” described at the beginning of the agreements.

[50] I find that Sansfaçon J. was correct in concluding that the agreements at issue are servitude agreements. What now remains to be done is to determine their effect having regard to Order in Council 3360-72 and the notices of expropriation.

(2) Distinction Between the Agreements, the Notices of Expropriation and the Order in Council

[51] To determine the scope of the servitudes established in favour of the appellant, Sansfaçon J.

³ The Court of Appeal repeated this finding at para. 15 of its reasons, but ascribed no legal consequences to it.

servitude » : par. 6 (je souligne)³. De fait, ayant reproduit l’essentiel du texte des avis d’expropriation, il souligne le texte des conventions notariées qui en diffère quant au nombre de lignes de transport d’énergie électrique susceptibles d’être placées sur le fonds servant : par. 5-7. Tandis que les avis d’expropriation demeurent imprécis sur le nombre de lignes autorisées par les servitudes, « dans la majorité des contrats en litige ce nombre de lignes est fixé à trois » : par. 7. Une divergence entre les deux textes sur une stipulation aussi importante tend à confirmer que des négociations sur la portée des servitudes elles-mêmes sont intervenues après la publication des avis d’expropriation.

[49] Troisièmement, il m’apparaît douteux de qualifier les conventions en litige en faisant abstraction des droits réels obtenus par l’appelante pour se focaliser plutôt sur leur contrepartie monétaire, comme s’il s’agissait de simples conventions d’indemnisation. Je ne puis souscrire à l’argument des intimés selon lequel leurs auteurs auraient *consenti* au montant de l’indemnité mais n’auraient fait que *reconnaître* le fait de l’expropriation. Selon le texte même des conventions, l’indemnité n’est que la contrepartie de la prestation principale énoncée dans la clause « Cession », reproduite ci-dessus. En effet, c’est « [e]n considération de ladite indemnité » que le propriétaire du fonds servant « cède et transporte [. . .], acceptant, à toutes fins que de droit et en autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude » décrits au début des conventions.

[50] J’estime que le juge Sansfaçon a eu raison de conclure que les conventions en litige sont des conventions de servitude. Il reste à présent à déterminer leur effet au regard du Décret 3360-72 et des avis d’expropriation.

(2) La distinction entre les conventions, les avis d’expropriation et le décret

[51] Pour déterminer la portée des servitudes établies en faveur de l’appelante, le juge Sansfaçon s’en

³ La Cour d’appel reprend cette conclusion au par. 15 de sa décision mais n’en tire aucune conséquence juridique.

considered the notices of expropriation and the agreements, relying on the latter to clear up any ambiguities: paras. 34-38. In the Court of Appeal's view, the appropriate approach was instead to analyze all the documents — notices of expropriation, plans, agreements and acquittances — in the context of the limits imposed by Order in Council 3360-72: paras. 18 and 22.

[52] The order in council, the notices of expropriation and the agreements are different types of documents, and it is important to distinguish them from one another. An order in council issued in accordance with s. 33(3)(b) *HQA*, as amended,⁴ is an administrative act for the purpose of authorizing the exercise of the “power . . . to deprive a property owner of the enjoyment of the attributes of his or her right of ownership”: *Lorraine (Ville) v. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 SCC 35, [2018] 2 S.C.R. 577, at para. 1. This authorization is a form of administrative tutelage exercised by the Lieutenant-Governor in Council (today one would say by the government) over the appellant's discretion with respect to expropriation: P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (4th ed. 2020), at pp. 173-74 and 353; P. Garant, with P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (7th ed. 2017), at pp. 445-51. Filing a notice of expropriation and the documents related to it is an administrative act that establishes and individualizes the servitude. As for the agreement, it relates to the ordinary exercise of civil rights and to the private law rules of contract.

[53] A servitude acquired by expropriation is, according to the classification set out in art. 1181 *C.C.Q.*, a servitude established by “operation of law”: S. Normand, *Introduction au droit des biens* (3rd ed. 2020), at p. 322; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8th ed. 2018), at No. 611; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at para. 2046. This being the case, neither the law nor public order bars the expropriating party and the expropriated party from clarifying or modifying such a servitude by mutual agreement. Agreements similar to the ones at issue have come before our courts on several

tient au texte des avis d'expropriation et des conventions, tout en s'appuyant sur ces dernières pour dissiper les ambiguïtés : par. 34-38. Pour la Cour d'appel, la démarche appropriée consiste plutôt à analyser l'ensemble des documents — avis d'expropriation, plans, conventions et quittances — à l'intérieur des paramètres fixés par le Décret 3360-72 : par. 18 et 22.

[52] Le décret, les avis d'expropriation et les conventions sont des documents de nature différente qu'il importe de bien distinguer. Le décret pris en vertu de l'art. 33(3)b) *LHQ* tel qu'amendé⁴ est un acte administratif destiné à autoriser l'exercice du « pouvoir [. . .] de priver un propriétaire de la jouissance des attributs de son droit de propriété sur un bien » : *Lorraine (Ville) c. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 CSC 35, [2018] 2 R.C.S. 577, par. 1. Cette autorisation relève d'une forme de tutelle administrative exercée par le lieutenant-gouverneur en conseil (on dirait aujourd'hui le gouvernement) sur le pouvoir discrétionnaire de l'appelante en matière d'expropriation : P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (4^e éd. 2020), p. 173-174 et 353; P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (7^e éd. 2017), p. 445-451. Le dépôt d'un avis d'expropriation et des documents y afférents est un acte administratif qui constitue et individualise la servitude. Quant à la convention, elle se rattache à l'exercice ordinaire des droits civils et aux règles contractuelles propres au droit privé.

[53] La servitude acquise par expropriation est une servitude établie par « l'effet de la loi » suivant la classification énoncée à l'art. 1181 *C.c.Q.* : S. Normand, *Introduction au droit des biens* (3^e éd. 2020), p. 322; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8^e éd. 2018), n^o 611; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2^e éd. 2007), par. 2046. Cela étant, ni la loi ni l'ordre public ne s'opposent à ce que l'expropriant et l'exproprié précisent ou modifient, par un accord de gré à gré, la servitude ainsi constituée. À quelques reprises, en effet, des conventions analogues à celles en litige ont été portées à l'attention de nos

⁴ Today, the reference would instead be to the *Hydro-Québec Act*.

⁴ Aujourd'hui, on se référerait plutôt à la *Loi sur Hydro-Québec*.

occasions: *Michaud et Simard Inc. v. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169 (Que.); *Domaine de la rivière inc. v. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6 (C.A.); *Sani Sport inc. v. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; Lafond, at paras. 2046-47.

[54] *Michaud et Simard Inc.* is of particular interest in this regard. It concerned the scope of power line servitudes for which notices of expropriation had been issued and agreements had subsequently been entered into. Bisson J.A. wrote the following for a unanimous panel:

[TRANSLATION] . . . I conclude that the conventional servitudes must prevail in this case. It is true that there were notices of expropriation, but these notices were followed by negotiations and conventional servitudes.

The expropriated party attempted to draw a distinction between servitudes of public utility, which were referred to as administrative servitudes, and conventional servitudes.

I find that an entity such as Hydro, which is empowered to obtain servitudes of public utility by expropriation, does not in so doing lose the capacity to acquire servitudes by agreement.

Hydro, which has all the general powers of a corporation, obviously has the power to negotiate the acquisition of a servitude.

From this, I conclude that the agreements subsequently entered into with the owners of the servient land must prevail over notices of expropriation R-19 of 1953 as amended in 1953 for Bersimis I and R-20 of 1957 for Bersimis II.

What now remains to be seen is what rights and obligations were acquired by Hydro, on the one hand, and conveyed by the owners of the servient land, on the other hand, in each of these agreements. [Citations omitted; pp. 175-76.]

I agree with this reasoning. It must be presumed that the servitude agreement, if entered into after the notice of expropriation, contains a more faithful definition of the scope and terms for exercise of the servitude of public utility than does the notice of

tribunaux : *Michaud et Simard Inc. c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169 (Qc); *Domaine de la rivière inc. c. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6 (C.A.); *Sani Sport inc. c. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; Lafond, par. 2046-2047.

[54] À cet égard, l'arrêt *Michaud et Simard Inc.* mérite une attention toute particulière. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer la portée de servitudes relatives au transport d'énergie électrique qui avaient fait l'objet d'avis d'expropriation, puis de conventions. Le juge Bisson, rédigeant au nom d'une formation unanime, écrit dans ses motifs :

. . . j'en viens à la conclusion qu'en l'espèce les servitudes conventionnelles doivent primer. Certes, il y a eu des avis d'expropriation, mais ces avis furent suivis de négociations et de servitudes conventionnelles.

De la part de l'expropriée, on a cherché à faire une distinction entre des servitudes d'utilité publique, qu'on a appelées servitudes administratives, et les servitudes conventionnelles.

J'estime qu'un organisme comme Hydro, qui est habilité à obtenir par voie d'expropriation des servitudes d'utilité publique, ne perd pas, par le fait même, la capacité d'acquérir des servitudes par convention.

Hydro, ayant tous les pouvoirs généraux d'une corporation, a certes celui de négocier l'acquisition d'une servitude.

De ceci, j'en conclus que les avis d'expropriation R-19 de 1953 et amendement de 1953 pour Bersimis I et R-20 de 1957 pour Bersimis II doivent céder le pas aux conventions intervenues subséquentement avec les propriétaires des fonds servants.

Il reste maintenant à voir quels étaient les droits et obligations, d'une part, acquis par Hydro et, d'autre part, cédés par les propriétaires des fonds servants lors de chacune de ces conventions. [Références omises; p. 175-176.]

Je partage ce raisonnement. On doit présumer que la convention de servitude, si elle est postérieure à l'avis d'expropriation, définit plus fidèlement la portée et les modalités d'exercice de la servitude établie pour l'utilité publique que ne le fait cet avis

expropriation. This is particularly true in the case at bar, given that the agreements at issue include a complete description of the servitudes, adding some details that do not appear in the notices of expropriation (such as the authorized number of lines). In these circumstances, the agreements are the titles to which the owners of the servient land and the dominant land must refer in exercising their respective rights.

[55] The Court of Appeal agreed with the principle from *Michaud et Simard Inc.* that notices of expropriation do not preclude parties from negotiating conventional servitudes, but it concluded that that principle did not apply, because the agreements at issue [TRANSLATION] “refe[r] to the acquisition of servitudes by expropriation”: para. 21. To me, such a distinction seems excessively formalistic. First, it is based on a textual argument that does not take into account the real content of the agreements: see paras. 47-49 of these reasons. Second, the reference to the means by which the servitudes were established becomes irrelevant when one recognizes that a servitude acquired by expropriation may be amended by agreement. Third, if it were to be accepted that two different sets of rules applied depending on whether the post-expropriation agreements *referred* to the means of establishment of the servitudes, it would become practically impossible to draw a clear line between cases in which the servitude must be analyzed on the basis of the notice of expropriation and documents related to it, and cases in which it must be analyzed on the basis of the subsequent agreement.

[56] In my view, the approach according to which the servitudes should be analyzed in light of the order in council is also wrong. An order in council issued in accordance with s. 33 of the *HQA* is concerned with the public use relied on to justify the expropriation. It expresses an administrative authorization to intrude on the owner’s right to the free disposition of his or her property, but it does not in itself grant any real rights. It makes it possible to establish a servitude without the consent of the owner of the servient land, but does not establish a servitude on that land. What define the rights granted by the servitudes are the titles: *Domaine de la rivière inc.*; Normand, at

d’expropriation. Cela s’applique à plus forte raison en l’espèce, attendu que les conventions en litige décrivent les servitudes de façon complète en y apportant des précisions qui ne figuraient pas dans les avis d’expropriation (quant au nombre de lignes autorisées, par exemple). Dans ces circonstances, les conventions sont les titres auxquels les propriétaires des fonds servants et dominants doivent se reporter pour l’exercice de leurs droits respectifs.

[55] Ayant admis le principe découlant de *Michaud et Simard Inc.*, à savoir que des avis d’expropriation n’empêchent pas les parties de négocier des servitudes conventionnelles, la Cour d’appel l’a pourtant jugé inapplicable au motif que le texte des conventions en litige se « réf[è]re [. . .] à l’acquisition de servitudes par expropriation » : par. 21. Pareille distinction m’apparaît exagérément formaliste. Premièrement, elle se fonde sur un argument textuel qui ne tient pas compte de la teneur réelle des conventions intervenues : voir les par. 47-49 des présents motifs. Deuxièmement, la référence au mode d’établissement perd sa pertinence dès lors qu’on reconnaît qu’une servitude acquise par expropriation peut être modifiée conventionnellement. Troisièmement, si l’on devait admettre que deux régimes différents s’appliquent selon que les conventions postérieures aux avis d’expropriation *se réfèrent* ou non au mode d’établissement des servitudes, il deviendrait pratiquement impossible de tracer une ligne claire entre les cas où la servitude devrait s’analyser d’après l’avis d’expropriation et les documents y afférents, et les cas où elle devrait s’analyser d’après la convention subséquente.

[56] La démarche consistant à analyser les servitudes à la lumière du décret m’apparaît elle aussi mal fondée. Le décret découlant de l’art. 33 *LHQ* s’intéresse à la cause d’utilité publique invoquée au soutien de l’expropriation. Il exprime une autorisation administrative de porter atteinte au droit du propriétaire à la libre disposition de ses biens, mais il ne confère en lui-même aucun droit réel. Il rend possible la constitution d’une servitude sans le consentement du propriétaire du fonds servant, mais il ne constitue pas de servitude sur ce fonds. Or, ce sont les titres qui déterminent les droits conférés par les servitudes : *Domaine de la rivière inc.*; Normand,

p. 320; Lafond, at para. 2050. In the instant case, the titles are the servitude agreements.

[57] Servitude agreements are subject to the rules applicable to the interpretation of contracts: *Centre de distribution intégré (CDI) inc. v. Développements Olymbec inc.*, 2015 QCCA 1463, 59 R.P.R. (5th) 1, at para. 17; *151692 Canada inc. v. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237, at para. 30; Normand, at p. 329; see also *Uniprix*, at paras. 34-41. If their words are clear, effect must be given to the clearly expressed intention of the parties. If, however, the agreements, read as a whole, are vague, ambiguous or incomplete, the common intention of the parties must be sought: art. 1425 *C.C.Q.*

[58] But there is no need to go to that second step in this case, as Sansfaçon J. has already found that the agreements were clear: para. 38. Whether a contract is clear or ambiguous is, in the context of an appeal, a question of mixed fact and law for which the applicable standard for intervention is palpable and overriding error: *Uniprix*, at para. 41. Because no such errors have been established, the scope of the servitudes must be determined in light of the words of the agreements at issue.

(3) Rights Under the Servitude Agreements

[59] In substance, the agreements grant the appellant:

- servitudes allowing it to place, replace, operate and maintain up to three electrical transmission lines;⁵
- servitudes for tree cutting and pruning;
- servitudes of right of way; and
- servitudes of non-construction.

[60] They do not mention any restrictions regarding the origin or destination of the electricity. The

⁵ These “lines” should not be confused with the [TRANSLATION] “electrical wires” (trial reasons, at paras. 45-50).

p. 320; Lafond, par. 2050. En l’occurrence, il s’agit des conventions de servitude.

[57] Ces conventions sont soumises aux règles applicables à l’interprétation des contrats : *Centre de distribution intégré (CDI) inc. c. Développements Olymbec inc.*, 2015 QCCA 1463, 59 R.P.R. (5th) 1, par. 17; *151692 Canada inc. c. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237, par. 30; Normand, p. 329; voir aussi *Uniprix*, par. 34-41. Leurs termes, s’ils sont clairs, imposent le respect de la volonté manifeste des parties. Si toutefois, lues dans leur ensemble, les conventions s’avèrent obscures, ambiguës ou incomplètes, la commune intention des parties doit être recherchée : art. 1425 *C.c.Q.*

[58] Il n’y a toutefois pas lieu ici de se rendre à cette deuxième étape, le juge Sansfaçon ayant déjà conclu que les conventions étaient claires : par. 38. Le caractère clair ou ambigu d’un contrat soulève, lors d’un appel, une question mixte de fait et de droit assujettie à la norme d’intervention de l’erreur manifeste et déterminante : *Uniprix*, par. 41. Aucune erreur de ce type n’ayant été établie, on doit s’en remettre au libellé des conventions en litige pour déterminer la portée des servitudes.

(3) Les droits conférés par les conventions de servitudes

[59] Pour l’essentiel, les conventions confèrent à l’appelante :

- Des servitudes permettant de placer, de remplacer, d’exploiter et d’entretenir jusqu’à trois lignes⁵ de transport d’énergie électrique;
- Des servitudes de coupe d’arbres, d’émondage et d’ébranchage;
- Des servitudes de passage;
- Des servitudes de non-construction.

[60] Elles ne font mention d’aucune restriction quant à la provenance ou à la destination du courant

⁵ Ces « lignes » ne doivent pas être confondues avec les « fils électriques » : motifs de première instance, par. 45-50.

argument that the servitudes are limited to the line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations must therefore fail. Moreover, the respondents' suggestion that a restrictive interpretation of the powers of expropriation is required cannot be accepted either. What we must rule on here is not the exercise of a public power, but the scope of contractual agreements.

[61] The servitudes on the respondents' lots authorize the appellant to construct the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line. As I mentioned above, there is no need to refer to the provisions of the notices of expropriation: the agreements must prevail. I wish to be clear, however, that had it been necessary to do so, my conclusion would have been the same. I agree with Sansfaçon J. that the reference in the preamble of the notices of expropriation to Order in Council 3360-72 and the Jacques-Cartier-Duvernay line has no impact on the description of the scope of the servitudes: trial reasons, at paras. 34 and 36.

C. Was the Appellant's Reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay Line in the 1980s Incompatible With the Servitudes?

[62] Having unduly limited the appellant's rights on the respondents' land to the Jacques-Cartier-Duvernay line, the Court of Appeal concluded that the redirection of that line to the La Vérendrye substation in the early 1980s was incompatible with the servitudes.

[63] The appellant submits that this conclusion seriously compromises the principle of stability of real rights on which the evolution of its system depends, especially given that redirecting an electrical transmission line to another substation has no effect on the situation of the servient land. As for the respondents, they see this change as a substitution for the dominant land.

[64] To identify the dominant land, the agreements at issue refer to s. 19 of the *Watercourses Act*, R.S.Q. 1964, c. 84.⁶ Contrary to what the respond-

électrique. Dès lors, l'argument selon lequel la portée des servitudes se limiterait à la ligne entre les postes de transformation Jacques-Cartier-Duvernay ne saurait être retenu. Il ne saurait pas non plus se fonder sur une interprétation restrictive des pouvoirs d'expropriation, comme le suggèrent les intimés. Nous n'avons pas ici à statuer sur l'exercice d'un pouvoir public, mais sur la portée d'ententes contractuelles.

[61] Les servitudes grevant les lots des intimés autorisent l'appelante à construire la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île. Comme je l'ai déjà dit, il n'y a pas lieu de s'en remettre au texte des avis d'expropriation : les conventions doivent primer. Je tiens toutefois à préciser que, dans l'hypothèse où cela se serait avéré nécessaire, ma conclusion aurait été la même. À l'instar du juge Sansfaçon, je considère que l'allusion au Décret 3360-72 et à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay contenue dans le préambule des avis d'expropriation n'a aucune incidence sur la description de la portée des servitudes : motifs de première instance, par. 34 et 36.

C. L'appelante a-t-elle contrevenu aux servitudes lorsqu'elle a réaménagé la ligne Jacques-Cartier-Duvernay au cours des années 1980?

[62] Ayant indûment restreint les droits de l'appelante sur les terrains des intimés à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, la Cour d'appel en vient à conclure que la redirection de cette ligne vers le poste de transformation La Vérendrye survenue au début des années 1980 va à l'encontre des servitudes.

[63] L'appelante prétend que cette conclusion compromet sérieusement le principe de stabilité des droits réels sur lequel repose l'évolution de son réseau, d'autant que la redirection d'une ligne de transport d'électricité vers un autre poste de transformation n'affecte en rien la situation des fonds servants. Les intimés, eux, voient dans ce changement une substitution du fonds dominant.

[64] Les conventions en litige renvoient, pour l'identification du fonds dominant, à l'art. 19 de la *Loi du régime des eaux*, S.R.Q. 1964, c. 84⁶.

⁶ Now the *Watercourses Act*, CQLR, c. R-13.

⁶ Aujourd'hui, la *Loi sur le régime des eaux*, RLRQ, c. R-13.

ents suggest, the dominant land is not the transmission line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. Rather, it is [TRANSLATION] “the electrical transmission line(s) erected or to be erected on the said servient land”: art. 3 of the agreements. On this point, I agree with the Court of Appeal that there is no new dominant land, because the transmission line is still there: C.A. reasons, at para. 29.

[65] However, I find that the Court of Appeal erred in concluding that the appellant [TRANSLATION] “is using the line for a purpose other than the one provided for in the act of servitude”: para. 37. As I explained above, the servitudes at issue must be analyzed in light of the agreements subsequent to the notices of expropriation, and those agreements contain no restrictions as to the origin of the electricity. They grant the right to [TRANSLATION] “place, replace, maintain and operate, on the said servient land, three (3) high- or low-voltage electrical transmission line(s), and communication lines”. The servitudes concern the lines crossing the servient land, not the substations located at either end of those lines. I see nothing in the words of the agreements that would explicitly or implicitly prevent the appellant from redirecting one of its lines toward another substation. The right to operate electrical transmission lines clearly includes the right to make modifications such as the one that was made in the early 1980s.

D. Are the Appellant’s Proceedings Abusive?

[66] The respondents submit that the appellant is abusing its rights and that the proceedings it has undertaken are themselves abusive. They seek a substantial indemnity that, they claim, corresponds to the expenditures and costs they incurred.

[67] No evidence has been adduced in this regard. At first glance, however, there is nothing abusive about these proceedings. The appellant sought to use the servitudes that had been granted to it by the respondents’ predecessors in title and had been

Contrairement à ce que suggèrent les intimés, le fonds dominant n’est pas la ligne de transmission entre les postes Jacques-Cartier et Duvernay. Il s’agit plutôt de « la (des) ligne(s) de transmission d’énergie électrique érigée(s) ou à être érigée(s) sur ledit fonds servant » : art. 3 des conventions. Sur ce point, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il n’y a pas de nouveau fonds dominant, la ligne de transmission étant demeurée : motifs de la Cour d’appel, par. 29.

[65] La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’appelante « fait usage de la ligne pour une fin autre que celle prévue à l’acte de servitude » (par. 37) m’apparaît toutefois erronée. Comme je l’ai déjà expliqué, les servitudes en litige doivent s’analyser à la lumière des conventions postérieures aux avis d’expropriation. Or, ces conventions ne contiennent aucune restriction quant à la provenance du courant électrique. Elles confèrent le droit de « placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant trois (3) ligne(s) de transport d’énergie électrique, à haut ou faible voltage, et des lignes de communication ». Les servitudes portent sur les lignes qui traversent les fonds servants et non sur les postes de transformation situés aux extrémités de ces lignes. Je ne vois rien dans le texte des conventions qui empêcherait explicitement ou implicitement l’appelante de rediriger l’une de ses lignes vers un autre poste de transformation. Le droit d’exploiter des lignes de transport d’énergie électrique comprend, certes, celui d’y apporter des modifications comme celle survenue au début des années 1980.

D. Les procédures entreprises par l’appelante sont-elles abusives?

[66] Les intimés soutiennent que l’appelante abuse de ses droits et que les procédures entreprises sont elles-mêmes abusives. Ils demandent le versement d’une indemnité substantielle, censée correspondre aux dépenses et aux frais engagés.

[67] Aucune preuve n’a été administrée à cet égard. À première vue cependant, les procédures n’ont rien d’abusif. L’appelante a cherché à faire usage des servitudes que lui avaient consenties les auteurs des intimés et qui avaient été publiées au registre foncier.

published in the land register. The respondents were presumed to be aware of the rights granted by these servitudes: arts. 1182 and 2941 *C.C.Q.* They nonetheless blocked construction of the new Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, which forced the appellant to seek injunction orders. Unsuccessful at trial, the respondents appealed the case, and they now claim that the appellant must [TRANSLATION] “be found liable to [them] for all the expenditures it caused them to incur in all three (3) courts”: R.F., at para. 128. With respect, it is not up to the appellant to pay for the steps they took.

VII. Conclusion

[68] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the Court of Appeal’s decision and restore all the conclusions of the trial judge’s decision, except the one stated in para. 66. I would remand the case to the Superior Court for hearing of the cross-application. The appellant is entitled to its costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Solicitors for the respondents: Vincent Karim & Als, Saint-Laurent; Me Hrtschan, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener Canadian Electricity Association: Torys, Toronto.

Les intimés étaient présumés connaître les droits conférés par ces servitudes : art. 1182 et 2941 *C.c.Q.* Ils ont néanmoins fait obstacle à la construction de la nouvelle ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, ce qui a contraint l’appelante à solliciter des ordonnances d’injonction. Déboutés en première instance, ils ont porté l’affaire en appel et prétendent aujourd’hui que l’appelante doit « être tenue responsable envers [eux] pour toutes les dépenses qu’elle [leur] a fait subir [. . .] devant les trois (3) instances » : m.i., par. 128. Avec égards, il n’appartient pas à l’appelante de faire les frais de leurs démarches.

VII. Conclusion

[68] Pour ces motifs, j’accueillerais le pourvoi, j’écarterais l’arrêt de la Cour d’appel et je rétablirais toutes les conclusions du jugement de première instance, sauf celle énoncée au par. 66. Je retournerais le dossier à la Cour supérieure pour l’audition de la demande reconventionnelle. L’appelante a droit aux dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l’appelant : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Procureurs des intimés : Vincent Karim & Als, Saint-Laurent; Me Hrtschan, Montréal.

Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne de l’électricité : Torys, Toronto.

Attorney General of Ontario *Appellant*

v.

G *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Canadian Civil Liberties Association,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Empowerment Council and
Canadian Mental Health Association, Ontario**
Intervenors

**INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)
v. G**

2020 SCC 38

File No.: 38585.

2020: February 20; 2020: November 20.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer J.J.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on mental or physical disability — Ontario's sex offender registry regime requiring that individuals either convicted or found not criminally responsible on account of mental disorder ("NCRMD") of sexual offences have their personal information added to registry and report to police station at least once a year to keep information up to date — Opportunities for exemption from requirements available to individuals found guilty of sexual offences but not to those found NCRMD who have been granted absolute discharge — Whether provincial sex offender registry regime infringes right to equality of such NCRMD individuals — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1.

Procureur général de l'Ontario *Appellant*

c.

G *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Association canadienne des libertés civiles,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Empowerment Council et
Association canadienne pour la santé mentale,
Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (PROCURER
GÉNÉRAL) c. G**

2020 CSC 38

N° du greffe : 38585.

2020 : 20 février; 2020 : 20 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
L'ONTARIO**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur une déficience mentale ou physique — Régime d'enregistrement des délinquants sexuels de l'Ontario exigeant que soient consignés au registre les renseignements personnels des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles et que ces personnes se présentent au poste de police au moins une fois par année pour mettre leurs renseignements à jour — Possibilités d'être dispensé des exigences offertes aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, mais non aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d'une libération inconditionnelle — Le régime provincial d'enregistrement des délinquants sexuels porte-t-il atteinte au droit à l'égalité de ces personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, c. 1.

Constitutional law — Remedy — Declaration of invalidity — Suspension of declaration of invalidity — Individual exemption from suspension — Applicant seeking declaration that Ontario’s sex offender registry regime infringes right to equality of NCRMD individuals who have been granted absolute discharge — Court of Appeal granting declaration of invalidity, suspending declaration for 12 months and exempting applicant from suspension — Proper approach to determining remedy for unconstitutional legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

In Ontario, *Christopher’s Law* requires those who are either convicted or found not criminally responsible on account of mental disorder (“NCRMD”) of a sexual offence to physically report to a police station to have their personal information added to the province’s sex offender registry. Registrants must continue to report in person at least once a year and every time certain information changes. Registrants must comply for 10 years if the maximum sentence for the sexual offence they committed is 10 years or less, or for life, if the maximum sentence is greater than 10 years or if they committed more than one sexual offence. There is some opportunity, based on an individualized assessment, for those found guilty of sexual offences to be removed or exempted from the registry or relieved of their reporting obligations. By contrast, no one found NCRMD of sexual offences can ever be removed from the registry or exempted from reporting, even if they have received an absolute discharge from a review board.

In June 2002, G was found NCRMD of two sexual offences. In August 2003, he was absolutely discharged by the Ontario Review Board on the basis that he no longer represented a significant risk to the safety of the public. Despite this discharge, G was placed on the provincial sex offender registry in August 2004, as required by *Christopher’s Law*. G brought an application challenging *Christopher’s Law* as it applies to persons found NCRMD in respect of sexual offences who have been absolutely discharged. He argued that the inability of people in his

Droit constitutionnel — Réparation — Déclaration d’invalidité — Suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité — Exemption individuelle de la suspension — Demandeur sollicitant un jugement déclaratoire selon lequel le régime d’enregistrement des délinquants sexuels de l’Ontario porte atteinte au droit à l’égalité des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d’une libération inconditionnelle — Déclaration d’invalidité prononcée par la Cour d’appel, qui en a suspendu l’effet pour 12 mois et exempté le demandeur de la suspension — Démarche à adopter pour fixer la réparation en présence d’une loi inconstitutionnelle — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

En Ontario, la *Loi Christopher* exige des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qu’elles se présentent en personne à un poste de police pour fournir leurs renseignements personnels afin que ceux-ci soient consignés au registre des délinquants sexuels de la province. Les délinquants sont tenus de se présenter en personne devant les autorités au moins une fois par année et chaque fois que certains de leurs renseignements changent. Les délinquants sont tenus de se conformer à ces obligations pendant une période de 10 ans si la peine maximale prévue pour l’infraction sexuelle qu’ils ont commise ne dépasse pas 10 ans, ou pendant le reste de leur vie si la peine maximale prévue dépasse 10 ans ou s’ils ont commis plus d’une infraction sexuelle. Il existe certaines possibilités pour les personnes déclarées coupables d’infractions sexuelles, après une évaluation individuelle, d’être retirées du registre, d’en être exemptées ou d’être dispensées de leur obligation de se présenter devant les autorités. À l’inverse, aucune personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’infractions sexuelles ne peut, à quelque moment que ce soit, être retirée du registre ou dispensée de l’obligation de se présenter devant les autorités, et ce, même si elles ont obtenu une libération inconditionnelle d’une commission d’examen.

En juin 2002, G a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard de deux infractions sexuelles. En août 2003, la Commission ontarienne d’examen l’a libéré inconditionnellement au motif qu’il ne représentait plus un risque important pour la sécurité du public. Malgré cette libération, G a été inscrit au registre provincial des délinquants sexuels en août 2004, comme l’exige la *Loi Christopher*. G a introduit une requête afin de contester l’applicabilité de la *Loi Christopher* aux personnes déclarées non responsables criminellement

situation to be granted an exemption or be removed from the provincial registry or relieved of reporting requirements, as compared to those found guilty of the same offences, violates ss. 7 and 15(1) of the *Charter*.

The application judge dismissed G's application, but the Court of Appeal allowed G's appeal on the basis of his s. 15(1) claim, and concluded that the s. 15(1) breach was not justified under s. 1 of the *Charter*. It declared *Christopher's Law* to be of no force or effect as it applies to those found NCRMD who were granted an absolute discharge, suspended the declaration of invalidity for 12 months, and exempted G from that suspension by relieving him of further compliance with the legislation and ordering that his information be deleted from the registry immediately. The Attorney General of Ontario appealed to the Court.

Held (Côté and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: *Christopher's Law* draws discriminatory distinctions between people found guilty and people found NCRMD of sexual offences on the basis of mental disability, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. These discriminatory distinctions cannot be justified in a free and democratic society. The remedy granted by the Court of Appeal was appropriate, and its orders should be upheld.

The first step in determining whether a law infringes s. 15(1) of the *Charter* asks whether the law, on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds. In the present case, there are clear distinctions drawn based on the enumerated ground of mental disability. Offenders found guilty of sexual offences can be exempted from having to report and register in the first place by receiving a discharge in their sentencing hearing. Convicted registrants can also be removed from the sex offender registry by receiving a free pardon, and can be relieved of the obligation to continue to report upon receipt of a free pardon or record suspension. However, those found NCRMD of the same offences have no such opportunities, even if they have received an absolute discharge.

pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles qui ont obtenu une libération inconditionnelle. Il a soutenu que l'impossibilité pour les personnes dans sa situation d'obtenir une exemption, d'être retirées du registre provincial ou d'être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités, contrairement aux personnes reconnues coupables des mêmes infractions, viole l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge de première instance a rejeté la requête de G, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel de G en s'appuyant sur sa demande concernant le par. 15(1), et a conclu que la violation du par. 15(1) n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle a déclaré que la *Loi Christopher* est inopérante à l'égard des personnes jugées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle, suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant une période de 12 mois, et exempté G de cette suspension en le dispensant de l'obligation de continuer de se conformer à la *Loi* et en ordonnant que ses renseignements soient supprimés du registre sur-le-champ. Le procureur général de l'Ontario s'est pourvu en appel devant la Cour.

Arrêt (les juges Côté et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer : La *Loi Christopher* crée des distinctions discriminatoires entre les personnes déclarées coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles sur le fondement de leur déficience mentale, ce qui va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Ces distinctions discriminatoires ne peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. La réparation octroyée par la Cour d'appel était appropriée, et il y a lieu de confirmer ses ordonnances.

La première étape à suivre pour décider si une loi enfreint le par. 15(1) de la *Charte* consiste à se demander si la loi crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. En l'espèce, des distinctions claires ont été faites sur le fondement du motif énuméré qu'est la déficience mentale. Les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles peuvent être dispensées au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités afin de s'inscrire au registre si elles obtiennent une absolution lors de leur audience de détermination de la peine. Les personnes déclarées coupables peuvent aussi être retirées du registre des délinquants sexuels si elles obtiennent un pardon absolu, et elles peuvent être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter

NCRMD individuals are plainly subjected to different treatment.

The second step asks whether the challenged law imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including historical disadvantage. By denying those found NCRMD opportunities for exemption, removal, or relief from the sex offender registry, *Christopher's Law* effectively presumes that they are inherently and permanently dangerous. It considers NCRMD individuals a perpetual threat to the public. *Christopher's Law* imposes a burden on people found NCRMD in a manner that violates s. 15(1) in two respects: the law itself invokes prejudicial and stereotypical views about persons with mental illnesses; and the law puts those found NCRMD in a worse position than those found guilty. Both effects perpetuate the historical and enduring disadvantage experienced by persons with mental illnesses. The distinctions drawn by *Christopher's Law* are thus discriminatory.

The burden of establishing that the infringement of s. 15(1) is justified under s. 1 of the *Charter* belongs to the Attorney General, on a balance of probabilities. First, there must be a pressing and substantial objective for the infringing measure. Second, the infringing measure must not disproportionately interfere with the s. 15(1) right; it must be rationally connected to the objective, the means chosen must interfere as little as possible with the s. 15(1) right, and the benefits of the infringing measure must outweigh its negative effects. In the present case, the parties agree that the purpose of *Christopher's Law* is to assist in the investigation and prevention of sexual offences, that this purpose is pressing and substantial, and that the limits it places on *Charter* rights are rationally

devant les autorités si elles obtiennent un pardon absolu ou une suspension de leur casier judiciaire. Cependant, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard des mêmes infractions ne bénéficient pas de telles occasions même si elles ont bénéficié d'une libération inconditionnelle. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux font clairement l'objet d'une différence de traitement.

La deuxième étape consiste à se demander si la loi contestée impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accroître le désavantage, y compris le désavantage historique subi. En refusant aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité d'être dispensées de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels, d'être retirées du registre ou d'être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités, la *Loi Christopher* présume effectivement qu'elles sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger. Elle indique que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont considérées comme une menace perpétuelle pour le public. La *Loi Christopher* impose un fardeau aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'une manière qui viole le par. 15(1) de deux façons : d'une part, la loi elle-même applique des préjugés et des stéréotypes envers les personnes souffrant de troubles mentaux; d'autre part, la loi place les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux dans une situation pire que celle des personnes déclarées coupables. Ces deux effets perpétuent le désavantage historique que continuent de subir les personnes souffrant de troubles mentaux. Les distinctions créées par la *Loi Christopher* sont par conséquent discriminatoires.

Le fardeau d'établir que la contravention au par. 15(1) est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* incombe au procureur général, selon la prépondérance des probabilités. Premièrement, l'objectif que vise la mesure attentatoire doit être urgent et réel. Deuxièmement, la mesure attentatoire ne doit pas porter atteinte de manière disproportionnée au droit que garantit le par. 15(1); elle doit avoir un lien rationnel avec l'objectif, les moyens choisis doivent porter le moins possible atteinte au droit que garantit le par. 15(1), et les avantages de la mesure attentatoire doivent l'emporter sur ses effets préjudiciables. Dans la présente affaire, les parties conviennent que l'objectif de la *Loi Christopher* est de faciliter les enquêtes sur des infractions sexuelles et la prévention de

connected to that purpose. However, *Christopher's Law* is not minimally impairing of the s. 15(1) rights of NCRMD individuals. The inclusion of any method of exempting and removing those found NCRMD from the registry based on individualized assessment would be less impairing. Thus, the Attorney General has not justified the s. 15(1) infringement.

The determination of appropriate remedies for legislation that violates the *Charter* must follow a principled approach. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides in absolute terms that laws inconsistent with the Constitution are of no force or effect to the extent of the inconsistency. A general declaration is the means by which courts give full effect to the broad terms of s. 52(1). A court faced with a constitutional challenge to a law must determine to what extent it is unconstitutional and declare it to be so. A measure of discretion is inevitable in determining how to respond to an inconsistency between legislation and the Constitution. While s. 52(1) recognizes the primacy of the Constitution, including the fundamental rights and freedoms of individuals and groups guaranteed by the *Charter*, fashioning constitutional remedies inevitably implicates other — at times competing — constitutional principles. Courts must strike an appropriate balance between these principles in determining how to give effect to s. 52(1) in a manner that best aligns with Canada's constitutional order.

The Court's leading decision on remedies for laws that violate the *Charter*, *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, provides helpful guidance on how to craft a responsive and effective remedy for unconstitutional laws. *Schachter* set out a general approach to granting remedies. It endorsed remedies tailored to the breadth of rights violations, thereby allowing constitutionally compliant aspects of unconstitutional legislation to be preserved, and recognized that, in rare circumstances, the effect of a declaration of invalidity could be suspended for a period of time to protect the public interest. *Schachter* also considered how s. 52(1) remedies can be combined with individual remedies for *Charter* violations, including whether the

ces infractions, que cet objectif est urgent et réel, et que les limites que la *Loi* impose aux droits garantis par la *Charte* sont rationnellement liées à cet objectif. Cependant, la *Loi Christopher* ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits garantis par le par. 15(1) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. L'inclusion de toute méthode permettant aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'être dispensées des obligations qui leur incombent et d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle serait moins attentatoire. Par conséquent, le procureur général n'a pas justifié la violation du par. 15(1).

Il faut utiliser une méthode fondée sur des principes pour déterminer les réparations qu'il convient d'accorder lorsque des textes législatifs violent la *Charte*. Selon les termes absolus édictés au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Une déclaration générale est le moyen par lequel les tribunaux donnent aux termes généraux du par. 52(1) leur plein effet. Le tribunal qui est appelé à statuer sur la contestation constitutionnelle d'une loi doit déterminer dans quelle mesure la loi contestée est inconstitutionnelle et la déclarer telle. Un degré de discrétion est inévitable pour décider comment répondre à l'incompatibilité entre des dispositions législatives et la Constitution. Même si le par. 52(1) reconnaît la primauté de la Constitution, de même que les droits et libertés fondamentaux des individus et des groupes qui sont garantis par la *Charte*, l'élaboration de mesures de réparation constitutionnelles commande inévitablement l'application d'autres principes constitutionnels qui sont parfois contradictoires. Les tribunaux doivent établir un juste équilibre entre ces principes lorsqu'ils sont appelés à déterminer comment donner effet au par. 52(1) d'une manière qui concorde le mieux avec l'ordre constitutionnel du Canada.

L'arrêt de principe de la Cour sur les réparations à accorder lorsque des lois violent la *Charte*, l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, inspire l'approche que suivent les tribunaux pour concevoir une réparation adaptée et efficace lorsque des textes législatifs sont inconstitutionnels. Dans l'arrêt *Schachter*, la Cour a énoncé une façon générale d'accorder des réparations. Elle a approuvé l'octroi de réparations qui sont adaptées à la portée des violations des droits, ce qui permet de conserver les dispositions conformes sur le plan constitutionnel de lois inconstitutionnelles, et a reconnu qu'en de rares circonstances, l'effet d'une déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour protéger

claimant should receive an individual exemption from a suspension, thereby ensuring that successful claimants can enjoy the immediate benefit of a declaration of invalidity.

By employing and building on *Schachter*'s guidance in determining the form and breadth of declarations of invalidity, suspending the effect of those declarations, and exempting individuals from suspensions, the Court's jurisprudence has coalesced around a group of core remedial principles that structure the exercise of principled remedial discretion and provide the groundwork for meaningful remedies in different contexts. First, safeguarding rights lies at the core of granting *Charter* remedies because the *Charter* exists to protect rights, freedoms, and inherent dignity. Second, the public has an interest in legislation that is constitutionally compliant. Third, the public is entitled to the benefit of legislation, which individuals rely upon to organize their lives and protect them from harm. Fourth, courts and legislatures play different institutional roles: the legislature is sovereign in the sense that it has exclusive authority to enact, amend, and repeal any law as it sees fit, while courts remain guardians of the Constitution and of individuals' rights under it. These principles provide guidance to courts and encourage them to transparently explain remedial results.

As the language of s. 52(1) directs, the first step in crafting an appropriate remedy is determining the extent of the legislation's inconsistency with the Constitution. The nature and extent of the *Charter* violation lays the foundation for the remedial analysis because the breadth of the remedy ultimately granted will reflect at least the extent of the breach. The second step is determining the form that a declaration should take. Remedies other than full declarations of invalidity should be granted when the nature of the violation and the intention of the legislature allows for them. However, if granted in the wrong circumstances, tailored remedies can intrude on the legislative sphere. To respect the differing roles of courts and legislatures, determining whether to strike down legislation in its entirety or to grant a tailored remedy of reading in, reading down, or severance, depends on whether the legislature's

l'intérêt public. Dans *Schachter*, la Cour s'est également demandé s'il y a lieu d'accorder des réparations prévues par le par. 52(1) en même temps qu'une mesure de réparation individuelle pour des violations de la *Charte*, et elle s'est notamment posé la question de savoir si le demandeur devrait être dispensé individuellement d'une suspension, ce qui permet aux demandeurs ayant eu gain de cause de jouir de l'avantage que procure immédiatement une déclaration d'invalidité.

En s'inspirant de l'arrêt *Schachter* et en l'employant pour définir le type et la portée des déclarations d'invalidité, ainsi que pour suspendre l'effet de ces déclarations et exempter des personnes de ces suspensions, la jurisprudence de la Cour a intégré un groupe de principes fondamentaux en matière de réparation qui structurent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation fondé sur des principes et jettent les bases de l'octroi de réparations utiles dans différents contextes. Premièrement, la protection des droits est un aspect fondamental de l'octroi de réparations sous le régime de la *Charte*, car la *Charte* vise à protéger les droits, les libertés et la dignité inhérente des personnes. Deuxièmement, il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution. Troisièmement, le public a droit au bénéfice de la loi, sur laquelle les individus s'appuient pour organiser leur vie et se protéger. Quatrièmement, les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents : la législature est souveraine en ce sens qu'elle jouit du pouvoir exclusif d'adopter, de modifier et d'abroger des lois comme elle l'entend, tandis que les tribunaux demeurent les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers. Ces principes guident les tribunaux et les encouragent à expliquer de façon transparente leurs décisions au chapitre des réparations.

Comme le prescrit le libellé du par. 52(1), la première étape de l'élaboration de la réparation qu'il convient d'accorder consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité de la loi et de la Constitution. L'analyse de la réparation qu'il convient d'accorder est fondée sur la nature et l'étendue de la violation de la *Charte*, car la portée de la réparation qui est finalement accordée dépend notamment de l'étendue de la violation. Le choix du type de déclaration constitue la deuxième étape. Des réparations autres que des déclarations d'invalidité intégrales devraient être accordées lorsque la nature de la violation et l'intention du législateur le justifient. Cependant, si les circonstances ne se prêtent pas à l'octroi de réparations adaptées, il se peut que les réparations empiètent sur la sphère législative. Pour respecter les rôles différents des tribunaux et des législateurs, le choix d'annuler une loi dans sa totalité ou

intention was such that it would have enacted the law as modified by the court.

When an immediately effective declaration of invalidity would endanger an interest of such great importance that, on balance, the benefits of delaying the effect of that declaration outweigh the cost of preserving an unconstitutional law, the court may suspend the effect of the declaration. The power to suspend the effect of a declaration of invalidity arises from accommodation of broader constitutional considerations and is included in the power to declare legislation invalid. Suspensions of declarations of invalidity should be rare; the effect of a declaration should not be suspended unless the government demonstrates that an immediately effective declaration would endanger a compelling public interest that outweighs the importance of immediate constitutional compliance and an immediately effective remedy for those whose *Charter* rights will be violated. The period of suspension, where warranted, should be long enough to give the legislature the amount of time it requires to carry out its responsibility diligently and effectively, while recognizing that every additional day of rights violations will be a strong counterweight against giving the legislature more time.

When the effect of a declaration of invalidity is suspended, an individual remedy for the claimant under s. 24(1) of the *Charter* in the form of an individual exemption from the suspension will often be appropriate and just. A s. 24(1) remedy should meaningfully vindicate the right of the claimant, conform to the separation of powers, invoke the powers and function of a court, be fair to the party against whom the remedy is ordered, and allow s. 24(1) to evolve to meet the challenges of each case. A court's approach to s. 24(1) remedies must stay flexible and responsive to the needs of a given case. The public is well served by encouraging litigation that furthers the public interest by uncovering unconstitutional laws, and claimants invest time and resources to pursue matters in the public interest. Thus, if an exemption is otherwise appropriate and just, claimants should be exempted from suspensions in the absence of compelling reasons not to.

d'accorder une réparation adaptée en donnant à cette loi une interprétation large, une interprétation atténuée ou en retranchant une de ses dispositions dépend de la réponse à la question de savoir si l'intention du législateur était telle qu'il aurait adopté la loi telle que l'a modifiée la cour.

Lorsqu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat est susceptible de porter atteinte à un intérêt qui revêt une importance si grande que, tout bien considéré, les avantages qu'il y a à suspendre l'effet de cette déclaration l'emportent sur les inconvénients du maintien d'une loi inconstitutionnelle, le tribunal peut suspendre l'effet de la déclaration. Le pouvoir de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité découle de la prise en compte de considérations constitutionnelles générales, et ce pouvoir est compris dans celui de déclarer une loi invalide. L'effet de déclarations d'invalidité devrait être suspendu en de rares cas; l'effet d'une déclaration ne devrait pas être suspendu à moins que le gouvernement ne démontre qu'une déclaration avec effet immédiat menacerait un intérêt public impérieux qui l'emporte sur l'importance de se conformer immédiatement à la Constitution et sur une réparation qui s'appliquerait immédiatement aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* seront violés. Lorsqu'une telle mesure est justifiée, la période de suspension devrait être suffisamment longue pour donner au législateur le temps dont il a besoin pour s'acquitter avec diligence et efficacité de l'obligation qui lui incombe, tout en reconnaissant que chaque jour additionnel pendant lequel les droits sont violés constitue un contrepois important à l'octroi de temps supplémentaire au législateur.

Lorsque l'effet d'une déclaration d'invalidité est suspendu, il sera souvent convenable et juste d'accorder une réparation individuelle au demandeur en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sous forme d'exemption individuelle de la suspension. Une réparation fondée sur le par. 24(1) devrait permettre de défendre utilement le droit du demandeur, respecter la séparation des pouvoirs, mettre à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal, être équitable pour la partie visée par la réparation et permettre au par. 24(1) d'évoluer de manière à relever les défis de chaque cas. La manière dont le tribunal aborde les réparations accordées sur le fondement du par. 24(1) doit rester souple et prendre en considération les besoins en cause. On sert bien le public en encourageant le recours aux tribunaux qui favorise l'intérêt public en mettant au jour l'inconstitutionnalité d'une loi, et les demandeurs consacrent du temps et des ressources pour intenter des actions dans l'intérêt public. Par conséquent, si, à tous autres égards, une exemption constitue une réparation convenable et juste, les demandeurs devraient être exemptés des suspensions s'il n'existe aucun motif impérieux de ne pas leur accorder une telle réparation.

In the present case, the declaration of invalidity was properly limited to those who have been found NCRMD of a sexual offence and absolutely discharged. A tailored remedy was clearly appropriate here, since granting such a remedy better protects the public's interest in legislation enacted for its benefit, like *Christopher's Law*, and better respects the role of the legislature while also safeguarding *Charter* rights and realizing the public's interest in constitutionally compliant legislation.

The declaration of invalidity was also properly suspended for a 12-month period. Although the terms of s. 52(1) and the need to safeguard *Charter* rights and ensure constitutional compliance of all legislation weigh heavily in favour of an immediately effective declaration, those factors must be balanced against protecting the public's interest in legislation passed for its benefit. To do so requires considering the nature and extent of both the continued rights violations and the danger to an identified public interest that could flow from an immediate declaration of invalidity.

In the instant case, public safety has been identified as the public interest that justifies a suspension. NCRMD persons are at a statistically higher risk of offending than the general population. Granting an immediate declaration would therefore endanger the public interest in safety to some extent. The registry contributes to public safety by enhancing the ability of police to prevent and investigate sexual offences. Immediately relieving people who may pose some risk of committing sexual offences from the obligation to report or permitting them to seek removal of their information could detract from this enhanced ability. The threat to public safety is therefore meaningful. However, given that persons found NCRMD who pose the highest demonstrable risk to reoffend are not given absolute discharges, this threat is limited. The other public interest at stake is respect for the legislature: granting an immediate declaration of invalidity could risk compromising the legislature's ability to fulfil its role and restrict the effectiveness of whatever new version of *Christopher's Law* is eventually enacted. Balanced against these considerations is the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong: *Christopher's Law* treats those found NCRMD in accordance with a persistent, demeaning stereotype without providing an opportunity to determine whether they pose sufficient risk. On balance, the combination of these two interests justifies

Dans la présente affaire, la déclaration d'invalidité a, à juste titre, été limitée aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle. Il convenait manifestement d'accorder une réparation adaptée en l'espèce, car l'octroi d'une telle réparation permet de mieux protéger l'intérêt qu'a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice, comme la *Loi Christopher*, et de mieux respecter le rôle du législateur tout en protégeant aussi les droits garantis par la *Charte* et en défendant l'intérêt du public à ce que les lois soient conformes à la Constitution.

La déclaration d'invalidité a également été suspendue à juste titre pendant une période de 12 mois. Bien que le libellé du par. 52(1) et la nécessité de protéger les droits garantis par la *Charte* et de veiller à ce que toutes les lois soient conformes à la Constitution militent fortement en faveur d'une déclaration avec effet immédiat, ces éléments doivent être mis en balance avec la protection de l'intérêt qu'a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice. Pour ce faire, il faut tenir compte de la nature et de la portée des violations continues des droits, ainsi que du fait qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat pourrait compromettre un intérêt public en particulier.

En l'espèce, la sécurité du public a été identifiée comme étant l'intérêt public qui justifie une suspension. Statistiquement parlant, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux risquent davantage de contrevenir à la loi que la population générale. Une déclaration avec effet immédiat menacerait donc, dans une certaine mesure, l'intérêt qu'a le public d'être protégé. Le registre contribue à la sécurité du public en accroissant la capacité des corps de police de prévenir les infractions sexuelles et d'enquêter sur celles-ci. Le fait de dispenser immédiatement les personnes qui risquent de commettre des infractions sexuelles de l'obligation de se présenter devant les autorités et de leur permettre de solliciter le retrait des renseignements les concernant du registre pourrait diminuer cette capacité accrue. La menace qui pèse sur le public est donc sérieuse. Toutefois, cette menace est limitée puisque des libérations inconditionnelles ne sont pas accordées aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui présentent manifestement le risque le plus élevé de récidive. L'autre intérêt public en jeu est le respect du législateur : une déclaration d'invalidité avec effet immédiat risque de compromettre la capacité du législateur de s'acquitter de son rôle et de limiter l'efficacité de toute nouvelle version de la *Loi Christopher* qui sera un jour adoptée. Ces considérations sont contrebalancées

temporarily depriving those affected of the immediate benefit of the declaration.

Finally, the exercise of the Court of Appeal's discretion in granting G an individual exemption from the suspension deserves deference. G's record since his release 17 years ago has been spotless and there is no indication that he poses a risk to public safety. An exemption ensures that G receives an effective remedy and is not denied the benefit of his success on the constitutional merits.

Per Rowe J.: The appeal should be dismissed. There is agreement with Côté and Brown JJ. regarding s. 15(1) of the *Charter*, and regarding the general approach to ordering an individual exemption under s. 24(1) from the suspended effect of a declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. However, there is disagreement on the proper approach to suspending a declaration of invalidity under s. 52(1). The Court's approach in *Schachter* should be reaffirmed.

The majority's principled discretion approach to suspended declarations of invalidity lacks analytic structure, and its four principles are so indeterminate and truistic as to provide no meaningful guidance. This discretionary approach could lead to a continuation of current trends in which declarations of invalidity are suspended in a way that varies with the length of the Chancellor's foot. There is no legitimate basis to read remedial discretion into s. 52(1). The absence of remedial discretion in s. 52(1) is not an oversight, and the inherent jurisdiction of a court is not a sound or sufficient legal basis to depart from the immediate effect of s. 52(1). The only basis on which a court can order a constitutionally invalid statute to be enforced notwithstanding its illegality is if an immediate declaration of invalidity would offend some other constitutional principle.

par l'importance de la violation des droits qui persisterait temporairement si l'effet de la déclaration d'invalidité était suspendu : les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux continuent de faire l'objet de stéréotypes méprisants qui leur sont imposés par la *Loi Christopher*, et ce, sans qu'il soit donné aux autorités l'occasion de déterminer si elles posent un risque suffisant. Tout bien considéré, la combinaison de ces deux intérêts justifie que l'on prive temporairement les personnes touchées de l'avantage que procure immédiatement la déclaration.

Enfin, l'exercice par la Cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire afin d'accorder une exemption individuelle de la suspension à G commande une certaine retenue. Depuis sa remise en liberté il y a 17 ans, G n'a rien à se reprocher et rien n'indique qu'il présente un risque pour la sécurité du public. Une exemption fait en sorte que G bénéficie d'une réparation efficace et qu'il n'est pas privé de l'avantage d'avoir eu gain de cause sur le fond de ses contestations constitutionnelles.

Le juge Rowe : Le pourvoi doit être rejeté. Il y a accord avec les juges Côté et Brown en ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte* et la démarche générale qu'ils proposent lorsqu'il s'agit d'accorder, en vertu du par. 24(1), une exemption individuelle de la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité prononcée au titre du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, il y a désaccord en ce qui a trait à la méthode qu'il convient d'employer pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité en vertu du par. 52(1). L'approche suivie par la Cour dans l'arrêt *Schachter* est celle qui devrait être confirmée.

L'approche dite du pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes qu'ont adoptée les juges majoritaires quant à la suspension de l'effet de déclarations d'invalidité est mal structurée sur le plan analytique, et les quatre principes qui en découlent sont tellement vagues et évidents qu'ils n'offrent aucune ligne directrice utile. Cette approche axée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pourrait contribuer à maintenir la tendance actuelle, selon laquelle on suspend l'effet de déclarations d'invalidité de façon totalement arbitraire. Il n'y a aucune raison légitime d'interpréter, par voie d'interprétation, un pouvoir de réparation au par. 52(1). L'absence de pouvoir discrétionnaire en matière de réparation au par. 52(1) n'est pas attribuable à un oubli, et la compétence inhérente du tribunal ne constitue pas un fondement juridique valable ou suffisant pour écarter l'effet immédiat du par. 52(1). La seule condition à laquelle un tribunal peut ordonner l'application d'une loi inconstitutionnelle nonobstant son illégalité est que la déclarer telle sur-le-champ irait à l'encontre d'un autre principe constitutionnel.

Schachter is grounded in a view that suspended declarations are exceptional and should be ordered only where: (1) an immediate declaration of invalidity would pose a potential danger to the public; (2) it would otherwise threaten the rule of law; or (3) the impugned law is underinclusive and the court cannot determine properly whether to cancel or extend its benefits. These categories exemplify circumstances in which countervailing constitutional principles constitute a valid basis to suspend an immediate declaration of invalidity. While not exhaustive, the *Schachter* categories should be extended only where an immediate declaration would infringe some constitutional principle.

In the case at bar, the declaration of invalidity was suspended on the basis of public safety concerns. However, as the 12-month suspension of the declaration of invalidity ordered by the Court of Appeal has expired, this issue is now moot, as is the issue of the individual exemption order for G. Consequently, there is no cause to decide whether the declaration was properly suspended, or whether the individual exemption was rightly ordered.

Per Côté and Brown JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority that *Christopher's Law* infringes G's s. 15(1) *Charter* right to equal treatment, and that the declaration of invalidity was properly suspended for a period of 12 months. However, the suspension of the declaration of invalidity should be grounded solely on the threat to the rule of law that would otherwise manifest, in the present case, in the form of a threat to public safety. Consistent with the limited role of the judiciary vis-à-vis the legislature, an individual exemption from the suspended declaration of invalidity should not be granted. The appeal should therefore be allowed in part.

The section 15(1) issue is easily disposed of. *Christopher's Law* draws a distinction between persons found NCRMD and persons found guilty. That distinction exacerbates pre-existing disadvantage by perpetuating the stereotype that persons with mental illness are inherently dangerous. Persons found guilty of sexual offences have several exit ramps leading away from the obligation

L'arrêt *Schachter* repose sur l'idée que la suspension de l'effet de déclarations d'invalidité est exceptionnelle et ne devrait être prononcée que dans l'un ou l'autre des cas suivants : (1) la déclaration d'invalidité avec effet immédiat serait susceptible de présenter un danger pour le public; (2) la déclaration menacerait d'une autre manière la primauté du droit; (3) la loi contestée a une portée trop limitative et le tribunal n'est pas en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'opportunité de l'annuler ou d'accorder des avantages à un groupe non visé par la loi. Ces catégories illustrent les circonstances dans lesquelles des principes constitutionnels faisant contrepoids constituent une raison valable de suspendre la déclaration d'invalidité avec effet immédiat. Bien qu'elles ne soient pas exhaustives, il n'y a lieu d'élargir les catégories établies dans l'arrêt *Schachter* que si une déclaration d'invalidité avec effet immédiat enfreignait un principe constitutionnel.

En l'espèce, l'effet de la déclaration d'invalidité a été suspendu pour des raisons de sécurité publique. Toutefois, comme la suspension de 12 mois de la déclaration d'invalidité décrétée par la Cour d'appel est venue à expiration, la question est désormais théorique, tout comme celle de l'ordonnance d'exemption individuelle à l'égard de G. Par conséquent, il n'y a pas lieu de décider si l'effet de la déclaration a été suspendu à bon droit, ou si l'exemption individuelle a été accordée à bon droit en l'espèce.

Les juges Côté et Brown (dissidents en partie) : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires suivant laquelle la *Loi Christopher* porte atteinte au droit à l'égalité de traitement que le par. 15(1) de la *Charte* reconnaît à G, et suivant laquelle l'effet de la déclaration d'invalidité a été suspendu à bon droit pendant une période de 12 mois. Toutefois, la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité ne devrait être justifiée que s'il existe une menace à la primauté du droit qui se manifesterait autrement, en l'espèce, sous la forme d'un danger pour la sécurité publique. Compte tenu du rôle limité du pouvoir judiciaire vis-à-vis le pouvoir législatif, une exemption individuelle de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité ne devrait pas être accordée. Le pourvoi devrait donc être accueilli en partie.

Il est facile de trancher la question du par. 15(1). La *Loi Christopher* établit une distinction entre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et les personnes reconnues coupables. Cette distinction accentue un désavantage préexistant en perpétuant le stéréotype selon lequel les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses.

to comply with *Christopher's Law* but persons found NCRMD do not, even where the Ontario Review Board determines that they no longer pose a significant threat to public safety and grants them an absolute discharge. This constitutes differential treatment on the basis of an enumerated ground: mental disability. The proper remedy is to require the legislature to provide persons found NCRMD who have been absolutely discharged with an opportunity for exemption and removal from the *Christopher's Law* registry.

Suspended declarations of invalidity are only warranted when there is a threat to the rule of law, for three principal reasons. First, this was what the Court envisioned in assuming for the first time the power to issue a suspended declaration in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. The Court in *Manitoba Reference* tightly constrained the use of suspended declarations to situations where they are necessary to preserve the rule of law under conditions of emergency, when it is impossible to comply with constitutional rights. Since *Manitoba Reference*, however, the Court has lost its way and has suspended declarations of invalidity almost as a matter of course, often with no justification or attention to the rule of law.

Secondly, the Constitution contemplates immediate declarations as the norm, subject only to a rule of law concern. Once it is found that a statute is inconsistent with the Constitution, s. 52(1) limits the role of courts to declaring a law is of no force or effect. While the Constitution does not expressly permit courts to suspend a declaration of invalidity, it does provide a means for Parliament and legislatures to do so in certain cases under s. 33(1). Courts must therefore be judicious, measured and principled when exercising the judicially created power to suspend a declaration of invalidity. Rights under the *Charter* may be temporarily judicially displaced by the operation of a suspended declaration of invalidity only where necessary to preserve the rule of law and to ensure its continuity. In such instances, courts are not fulfilling an impermissible

Les personnes déclarées coupables d'infractions d'ordre sexuel disposent de plusieurs voies de sortie qui leur permettent d'être dispensées de l'obligation de se conformer à la *Loi Christopher*, mais les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux n'y ont pas accès, même lorsque la Commission ontarienne d'examen a jugé qu'elles ne représentaient plus un risque important pour la sécurité du public et qu'elle leur a accordé une libération inconditionnelle. Ceci constitue une différence de traitement fondée sur un motif énuméré : la déficience mentale. La réparation appropriée consiste à exiger de la législature qu'elle offre aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, qui ont été libérées inconditionnellement, la possibilité de bénéficier d'une exemption et d'être retirées du registre prévu par la *Loi Christopher*.

Il y a trois principales raisons pour lesquelles une suspension de l'effet de déclarations d'invalidité est justifiée uniquement lorsque la primauté du droit est menacée. Tout d'abord, c'est le scénario qu'envisageait la Cour lorsqu'elle a exercé pour la première fois le pouvoir de prononcer la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. La Cour a, dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, rigoureusement limité le recours à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité aux situations dans lesquelles il est nécessaire d'y recourir afin de préserver la primauté du droit en situation d'urgence, lorsqu'il est impossible d'observer les droits constitutionnels. Mais depuis le *Renvoi relatif au Manitoba*, la Cour s'est égarée et a eu recours à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité presque automatiquement, souvent sans justifier sa décision ni se soucier de la primauté du droit.

Deuxièmement, la Constitution prévoit que la règle est le prononcé d'une déclaration avec effet immédiat, sous réserve uniquement d'une préoccupation quant à la primauté du droit. Dès lors qu'une loi est jugée incompatible avec la Constitution, le par. 52(1) limite le rôle des tribunaux à déclarer une loi inopérante. Bien que la Constitution ne permette pas expressément aux tribunaux de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, elle offre effectivement au Parlement et aux législatures provinciales la possibilité de le faire dans certains cas prévus au par. 33(1). Ainsi, les tribunaux doivent faire preuve de discernement et de circonspection et se fonder sur des principes lorsqu'ils exercent le pouvoir d'origine prétoire de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité. Les tribunaux ne sont autorisés à écarter temporairement

legislative role as they otherwise would be by granting a suspended declaration, but an assuredly judicial role.

Thirdly, lessons that follow from *Schachter*'s jurisprudential progeny show why it is essential to confine judicial discretion. Restraint is imperative because suspending a declaration will often pull a court beyond its institutional competence and capacity, and into the role of the legislature. As well, courts are ill-equipped to determine the period of time during which a suspended declaration should govern. Further, allowing an unconstitutional law to remain in force not only withholds the immediate relief to which a successful claimant is expressly entitled under s. 52(1), but also sustains the invalidated law's capacity to produce harm. Finally, suspended declarations can exacerbate pre-existing disadvantage and discourage rights holders from bringing *Charter* claims forward in the first place.

If used improperly, suspended declarations can undermine the rule of law they were meant to preserve in two ways: they can lead to uncertainty in the law during the period of suspension; and they can lessen the consequences for lawmakers of enacting laws that violate the *Charter*, which in turn, reduces the incentives for complying with rights when making law.

In the present case, granting an immediate declaration of invalidity would threaten public safety and, therefore, the rule of law, as it would mean that the *Christopher's Law* registry would not apply to all persons found NCRMD and who have been granted absolute discharges by the Ontario Review Board. While *Christopher's Law* likely captures persons who do not pose a significant risk of reoffending, it also captures many who do. More importantly, it must be remembered that the recidivism risk is that of committing sexual offences, which are violent crimes that cause profound harm to the most vulnerable members of society. Given that an immediate declaration of invalidity would remove persons found NCRMD who are potentially dangerous from the registry, it would create a lacuna in

les droits reconnus par la *Charte* par l'application de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité que lorsque cela est nécessaire afin de préserver la primauté du droit et pour en assurer le maintien. En pareil cas, les tribunaux n'exercent pas de façon illégitime un rôle législatif, comme ils le feraient autrement en suspendant l'effet d'une déclaration d'invalidité, mais bien un rôle judiciaire.

Troisièmement, les enseignements tirés des jugements qui ont été rendus dans la foulée de l'arrêt *Schachter* démontrent pourquoi il est essentiel de limiter le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Il est impératif que les tribunaux fassent preuve de retenue, parce qu'ils risquent d'outrepasser les limites de leurs compétence et capacité institutionnelles et d'empiéter sur la fonction du législateur en suspendant l'effet d'une déclaration. De plus, les tribunaux sont mal outillés pour déterminer le délai pendant lequel l'effet d'une déclaration d'invalidité devrait être suspendu. Qui plus est, en permettant à une loi inconstitutionnelle de rester en vigueur, on refuse non seulement au demandeur qui a obtenu gain de cause la réparation immédiate à laquelle il a expressément droit en vertu du par. 52(1), mais on permet à cette loi qui a été invalidée de continuer à causer un préjudice. Enfin, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est susceptible d'aggraver un désavantage préexistant et de dissuader dès le départ les titulaires de droits de présenter des demandes fondées sur la *Charte*.

Lorsqu'utilisée de manière inappropriée, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité risque de miner de deux façons la primauté du droit qu'elle était censée protéger : elle peut créer de l'incertitude dans le droit pendant la période de suspension; et est susceptible d'atténuer les conséquences auxquelles s'expose le législateur qui a édicté une loi qui viole la *Charte*, ce qui, à son tour, réduit les incitatifs à respecter les droits lorsqu'il légifère.

Prononcer une déclaration d'invalidité avec effet immédiat en l'espèce constituerait une menace à la sécurité publique et, par conséquent, à la primauté du droit, puisque cela signifierait que le registre des délinquants sexuels prévu par la *Loi Christopher* ne s'appliquerait pas à l'ensemble des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui se sont vu accorder une libération inconditionnelle par la Commission ontarienne d'examen. Quoique la *Loi Christopher* s'applique vraisemblablement aux personnes qui ne présentent pas un risque élevé de récidive, elle vise aussi de nombreuses personnes qui présentent un tel risque. Plus important encore, il faut se rappeler que le risque de récidive est celui de commettre des infractions

the regime that would undoubtedly pose a danger to the public and thus threaten the rule of law.

If a suspended declaration of invalidity should be rare, then an individual exemption from that suspension must be exceedingly so. There is disagreement with the majority that judges are well-suited to conduct an individualized assessment as to whether an exemption would endanger public safety. Rather, a helpful consideration in determining whether an individual exemption should be granted is to ask whether an exemption is necessary to prevent irreparable harm to the interests the *Charter* was designed to protect during the suspension. The case for irreparable harm must be so significant that it overcomes the weighty need to leave the manner of addressing a constitutional infringement to the legislature.

Although G has shown that he is entitled to the opportunity for exemption and removal from the registry, this is not one of those rare cases where an individual exemption is warranted. A delayed remedy will not deprive G of an effective one, nor preclude him from accessing the new opportunity for exemption in whatever form that may take. Further, G will, at most, have to report to the police station one more time as part of his obligation to report annually, a far cry from irreparable harm. In G's case, as in most, crafting an individual exemption will exceed the competence of the Court and encroach on what is an issue for resolution by the legislature, which is in a far better position to determine what the appropriate mechanism is to provide persons found NCRMD with the opportunity for exemption.

Granting G an individual exemption also raises concerns of horizontal unfairness — that is, of treating G better than others who are similarly situated. In a constitutional case involving the validity of a statute of general applicability, a litigant should not be entitled to a better

d'ordre sexuel, des crimes violents qui causent un tort immense aux membres les plus vulnérables de la société. Étant donné qu'elle retirerait du registre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui sont potentiellement dangereuses, une déclaration d'invalidité avec effet immédiat créerait une faille dans le régime qui présenterait incontestablement un danger pour le public et, partant, une menace à la primauté du droit.

Si une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité doit rarement être accordée, une exemption individuelle de cette suspension ne doit l'être que dans des cas rarissimes. Il y a désaccord avec les juges majoritaires qui estiment que les juges sont bien placés pour effectuer une évaluation individualisée en vue de décider si une exemption compromettrait la sécurité du public. En réalité, pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une exemption individuelle, il est utile de se poser la question de savoir s'il est nécessaire d'accorder une exemption pour empêcher qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits que la *Charte* est censée protéger au cours de la suspension. Les arguments fondés sur l'existence d'un préjudice irréparable doivent être convaincants au point de surmonter l'importante nécessité de laisser au législateur le soin de décider comment il convient de redresser une violation de la Constitution.

Même si G a démontré qu'il a droit à la possibilité de bénéficier d'une exemption et d'être retiré du registre, il ne s'agit pas d'un de ces rares cas où une exemption individuelle est justifiée. G ne se verra pas refuser une réparation efficace parce qu'il doit attendre pour l'obtenir et il ne sera pas empêché de saisir la prochaine occasion pour se prévaloir d'une exemption, peu importe la forme qu'elle prendra. En outre, G devra tout au plus se présenter au poste de police une fois de plus pour satisfaire à son obligation de se présenter chaque année aux autorités, ce qui est loin d'un préjudice irréparable. Dans le cas de G, comme dans la plupart des autres, l'élaboration d'une exemption individuelle déborde le cadre de la compétence de la Cour et empiète sur ce qui est une question que doit résoudre le législateur, qui est bien mieux placé pour décider quel est le mécanisme qui convient le mieux pour offrir aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité de bénéficier d'une exemption.

Accorder une exemption individuelle à G suscite également la crainte d'une iniquité horizontale, c'est-à-dire la crainte que G bénéficie d'un traitement plus favorable que celui réservé aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable. Dans une affaire constitutionnelle

or more immediate constitutional remedy than all other persons similarly situated merely because they brought the case.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Discussed: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **considered:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; **referred to:** *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16; *R. v. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, rev'g 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Manitoba (Attorney*

portant sur la validité d'une loi d'application générale, un plaideur ne devrait pas avoir droit à une réparation constitutionnelle meilleure ou plus immédiate que toute autre personne se trouvant dans une situation semblable du seul fait qu'il a intenté l'action.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêts examinés :** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16; *R. c. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, inf. 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex*

General) v. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764; *Reference re pan-Canadian securities regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Barabash*, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Attorney-General v. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 *Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Marbury c. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Barabash*, 2015 CSC 29, [2015] 2 R.C.S. 522; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travaillleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Attorney-General c. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984]

- SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Whaling, 2014 SCC 20*, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Sit*, [1991] 3 S.C.R. 124; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Arkel*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Koo Sze Yiu v. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*, 2 R.C.S. 66; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Sit*, [1991] 3 R.C.S. 124; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Arkel*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Re B.C. Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R.*

[1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631; BVerfG, 2 BvC 62/14, Decision of January 29, 2019 (Germany); *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13; *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995); *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421.

By Rowe J.

Applied: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **considered:** *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; **referred to:** *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2019 SCC 36, [2019] 2 S.C.R. 990.

By Côté and Brown JJ. (dissenting in part)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2

c. Comeau, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Koo Sze Yiu c. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Coetzee c. Government of the Republic of South Africa*, [1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631; BVerfG, 2 BvC 62/14, décision du 29 janvier, 2019 (Allemagne); *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13; *Harper c. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. c. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995); *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421.

Citée par le juge Rowe

Arrêt appliqué : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêt examiné :** *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; **arrêts mentionnés :** *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Ontario (Procureure générale) c. G*, 2019 CSC 36, [2019] 2 R.C.S. 990.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents en partie)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *T.U.A.C., section locale 1518 c.*

S.C.R. 1083; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Heywood*, [1994] 3

KMart Canada Ltd., [1999] 2 R.C.S. 1083; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Renvoi relatif à la rémunération des juges*

S.C.R. 761; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Ferguson v. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. v. R.L.*, 2007 ONCA 347; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-16, *Sex Offender Information Registration Act*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004, s. 20.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 2, 3, 4, 7 to 15, 24(1), (2), 32(1), 33.
Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, O. Reg. 69/01, ss. 1.2, 2.
Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1, ss. 1(1) "offender", "pardon", 2, 3, 4(2), 7(1)(a), (b), (c), (4), 8(1)(c), 9.1, 10(2), (3), 11.
Christopher's Law (Sex Offender Registry) Amendment Act, 2011, S.O. 2011, c. 8, ss. 1(1), 6.

de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Attorney General of the Republic c. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Northern Pipeline Construction Co. c. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Ferguson c. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. c. R.L.*, 2007 ONCA 347; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 7 à 15, 24(1), (2), 32(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 16(1), 490.012(4) [aj. 2004, c. 10, s. 20], 490.016(1), 490.023(2), partie XX.1, 672.1(1) 672.34, 672.35, 672.47, 672.54, 672.55, 672.81, 730, 748.
Constitution de l'Afrique du Sud, art. 172(1)(a), (b).
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, c. 42, art. 4(4), (6).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 17, 40, 48, 55, 91 à 95.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 44, 45, 52(1).

Constitution Act, 1867, preamble, ss. 17, 40, 48, 55, 91 to 95.
Constitution Act, 1982, ss. 44, 45, 52(1).
 Constitution of South Africa, s. 172(1)(a), (b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16(1), 490.012(4) [ad. 2004, c. 10, s. 20], 490.016(1), 490.023(2), Part XX.1, 672.1(1), 672.34, 672.35, 672.47, 672.54, 672.55, 672.81, 730, 748.
Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, ss. 4, 4.1.
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42, s. 4(4), (6).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 41(1.1), (1.2).
Protecting Victims from Sex Offenders Act, S.C. 2010, c. 17, s. 5.
Scotland Act, 1998 (U.K.), 1998, c. 46, ss. 102(2), (3).
Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.

Authors Cited

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law*. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 4).
 Barnes, Elizabeth. *The Minority Body: A Theory of Disability*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
 Bird, Brian. “The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity” (2019), 42 *Man. L.J.* 23.
 Blakeney, Allan E. “The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada’s Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing” (2010), 19 *Const. Forum* 1.
 Bracken, Patrick, and Philip Thomas. *Postpsychiatry*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
 Brammall, Brendan. “A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers*” (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113.
 Burningham, Sarah. “A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201.
 Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *The Costs of Charter Litigation*, by Alan Young, 2016.
 Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *The Review Board Systems in Canada: An Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study*, by Jeff Latimer and Austin Lawrence, 2006.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.

Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, c. 1, art. 1(1) « délinquant », « réhabilitation », 2, 3, 4(2), 7(1)a), b), c), (4), 8(1)c), 9.1, 10(2), (3), 11.
Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, Règl. de l’Ont. 69/01, art. 1.2, 2.
Loi de 2011 modifiant la Loi Christopher sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2011, c. 8, art. 1(1), 6.
Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels, L.C. 2010, c. 17, art. 5.
Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, c. C-47, art. 4, 4.1.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 41(1.1), (1.2).
 Projet de loi C-16, *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, 3^e sess., 37^e lég., 2004, art. 20.
Scotland Act, 1998 (U.K.), 1998, c. 46, art. 102(2), (3).

Doctrine et autres documents cités

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 4).
 Barnes, Elizabeth. *The Minority Body : A Theory of Disability*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
 Bird, Brian. « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity » (2019), 42 *Man. L.J.* 23.
 Blakeney, Allan E. « The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada’s Patriated Constitution : What I Thought We Were Doing » (2010), 19 *Forum Const.* 1.
 Bracken, Patrick, and Philip Thomas. *Postpsychiatry*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
 Brammall, Brendan. « A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers* » (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113.
 Burningham, Sarah. « A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201.
 Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Les coûts des litiges fondés sur la Charte*, par Alan Young, 2016.
 Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Les systèmes de commissions d’examen au Canada : Survol des résultats de l’étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux*, par Jeff Latimer et Austin Lawrence, 2006.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.

- Corrigan, Patrick W., and Amy C. Watson, “Understanding the impact of stigma on people with mental illness” (2002), 1 *World Psychiatry* 16.
- Devlin, Richard, and Dianne Pothier. “Introduction: Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship”, in Dianne Pothier and Richard Devlin, eds., *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*. Vancouver: UBC Press, 2006, 1.
- Hoole, Grant R. “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107.
- Jhaveri, Swati. “Sunsetting suspension orders in Hong Kong”, in Po Jen Yap, ed., *Constitutional Remedies in Asia*. New York: Routledge, 2019.
- Kelly, James B. *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers’ Intent*. Vancouver: UBC Press, 2005.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Leckey, Robert. “Remedial Practice Beyond Constitutional Text” (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1.
- Leckey, Robert. *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, March 12, 2014 (online: <https://ukconstitutionallaw.org/2014/03/12/robert-leckey-suspended-declarations-of-invalidity-and-and-the-rule-of-law/#:~:text=Robert%20Leckey%3A%20Suspended%20Declarations%20of%20Invalidity%20and%20and%20the%20Rule%20of%20Law,-In%20December%202013&text=It%20stipulates%20that%20any%20law,of%20no%20force%20or%20effect>).
- Leckey, Robert. “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *I CON* 584.
- Macfarlane, Emmett. “Dialogue, Remedies, and Positive Rights: *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms*” (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107.
- Martin’s Annual Criminal Code*, by Marie Henein, Marc Rosenberg and Edward L. Greenspan. Toronto: Thomson Reuters, 2019.
- McIntyre, Sheila. “Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2009, 99.
- Mouland, Carolyn. “Remedying the Remedy: *Bedford’s* Suspended Declaration of Invalidity” (2018), 41 *Man. L.J.* 281.
- Newman, Dwight. “Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities”, in Geoffrey Corrigan, Patrick W., and Amy C. Watson, « Understanding the impact of stigma on people with mental illness » (2002), 1 *World Psychiatry* 16.
- Devlin, Richard, and Dianne Pothier. « Introduction : Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship », in Dianne Pothier and Richard Devlin, eds., *Critical Disability Theory : Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006, 1.
- Hoole, Grant R. « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107.
- Jhaveri, Swati. « Sunsetting suspension orders in Hong Kong », in Po Jen Yap, ed., *Constitutional Remedies in Asia*, New York, Routledge, 2019.
- Kelly, James B. *Governing with the Charter : Legislative and Judicial Activism and Framers’ Intent*, Vancouver, UBC Press, 2005.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Leckey, Robert. « Remedial Practice Beyond Constitutional Text » (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1.
- Leckey, Robert. *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, March 12, 2014 (en ligne : <https://ukconstitutionallaw.org/2014/03/12/robert-leckey-suspended-declarations-of-invalidity-and-and-the-rule-of-law/#:~:text=Robert%20Leckey%3A%20Suspended%20Declarations%20of%20Invalidity%20and%20and%20the%20Rule%20of%20Law,-In%20December%202013&text=It%20stipulates%20that%20any%20law,of%20no%20force%20or%20effect>).
- Leckey, Robert. « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *I CON* 584.
- Macfarlane, Emmett. « Dialogue, Remedies, and Positive Rights : *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms* » (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107.
- Martin’s Annual Criminal Code*, by Marie Henein, Marc Rosenberg and Edward L. Greenspan, Toronto, Thomson Reuters, 2019.
- McIntyre, Sheila. « Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination », in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2009, 99.
- Mouland, Carolyn. « Remedying the Remedy : *Bedford’s* Suspended Declaration of Invalidity » (2018), 41 *Man. L.J.* 281.
- Newman, Dwight. « Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities », in Geoffrey

- Sigalet, Grégoire Webber and Rosalind Dixon, eds., *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 209.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated October 2019, release 34).
- Roach, Kent. “Dialogic Judicial Review and its Critics” (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49.
- Roach, Kent. “Dialogic remedies” (2019), 17 *ICON* 860.
- Roach, Kent. “Principled Remedial Discretion Under the Charter” (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101.
- Roach, Kent. “The Separation and Interconnection of Powers in Canada: The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies” (2018), 5 *J. Int’l Comp. L.* 315.
- Russell, Peter H. “Standing Up for Notwithstanding” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293.
- Ryder, Bruce. “Suspending the Charter” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267.
- Scalia, Antonin. “The Rule of Law as a Law of Rules” (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175.
- Stavsky, Mark M. “The Doctrine of State Necessity in Pakistan” (1983), 16 *Cornell Int’l L.J.* 341.
- Stuart, Heather, et al. “Stigma in Canada: Results from a Rapid Response Survey” (2014), 59 *Can. J. Psychiatry* S27.
- Stuart, Heather, Julio Arboleda-Flórez and Norman Sartorius. *Paradigms Lost: Fighting Stigma and the Lessons Learned*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Trotter, Gary T. “Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review” (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339.
- van Kralingen, Alex. “The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage: *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights” (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Wasserman, David, et al., “Disability: Definitions, Models, Experience”, in E. N. Zalta et al., eds., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016 (online: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/disability/>).
- Webber, Grégoire C. N. “Originalism’s Constitution”, in Grant Huscroft and Bradley W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*. New York: Cambridge University Press, 2011, 147.
- Weiler, Paul C. “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version” (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51.
- Sigalet, Grégoire Webber and Rosalind Dixon, eds., *Constitutional Dialogue : Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 209.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated October 2019, release 34).
- Roach, Kent. « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49.
- Roach, Kent. « Dialogic remedies » (2019), 17 *ICON* 860.
- Roach, Kent. « Principled Remedial Discretion Under the Charter » (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101.
- Roach, Kent. « The Separation and Interconnection of Powers in Canada : The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies » (2018), 5 *J. Int’l Comp. L.* 315.
- Russell, Peter H. « Standing Up for Notwithstanding » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293.
- Ryder, Bruce. « Suspending the Charter » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267.
- Scalia, Antonin. « The Rule of Law as a Law of Rules » (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175.
- Stavsky, Mark M. « The Doctrine of State Necessity in Pakistan » (1983), 16 *Cornell Int’l L.J.* 341.
- Stuart, Heather, et al. « Stigma in Canada : Results from a Rapid Response Survey » (2014), 59 *Can. J. Psychiatry* S27.
- Stuart, Heather, Julio Arboleda-Flórez, and Norman Sartorius. *Paradigms Lost : Fighting Stigma and the Lessons Learned*, New York, Oxford University Press, 2012.
- Trotter, Gary T. « Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy : Examining the Self-Defence Review » (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339.
- van Kralingen, Alex. « The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage : *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights » (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Wasserman, David, et al., « Disability : Definitions, Models, Experience », in E. N. Zalta et al., eds., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016 (en ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/disability/>).
- Webber, Grégoire C. N. « Originalism’s Constitution », in Grant Huscroft and Bradley W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism : Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011, 147.
- Weiler, Paul C. « Rights and Judges in a Democracy : A New Canadian Version » (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51.

Weinrib, Lorraine. *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, August 21, 2016 (online: <https://www.lawtimesnews.com/news/general/suspended-invalidity-orders-out-of-sync-with-constitution/258931>).

Whyte, John D. “Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the *Charter’s* Notwithstanding Clause” (2007), 16 *Const. Forum* 79.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, van Rensburg and Hourigan J.J.A.), 2019 ONCA 264, 432 C.R.R. (2d) 97, 145 O.R. (3d) 161, 374 C.C.C. (3d) 55, 54 C.R. (7th) 120, [2019] O.J. No. 1683 (QL), 2019 CarswellOnt 4915 (WL Can.), setting aside a decision of Lederer J., 2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, [2017] O.J. No. 6355 (QL), 2017 CarswellOnt 19307 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté and Brown JJ. dissenting in part.

S. Zachary Green, for the appellant.

Marshall A. Swadron, Joanna H. Weiss and Arooba Shakeel, for the respondent.

Marc Ribeiro and John Provart, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jill R. Presser and Shakir Rahim, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Anita Szigeti, Andrew Menchynski, Ruby Dhand and Meaghan McMahon, for the intervener the Empowerment Council.

Erin Dann and Michelle Psutka, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Adam Goldenberg and Ljiljana Stanić, for the intervener the Canadian Mental Health Association, Ontario.

Weinrib, Lorraine. *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, August 21, 2016 (en ligne : <https://www.lawtimesnews.com/news/general/suspended-invalidity-orders-out-of-sync-with-constitution/258931>).

Whyte, John D. « Sometimes Constitutions are Made in the Streets : The Future of the *Charter’s* Notwithstanding Clause » (2007), 16 *Forum Const.* 79.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, van Rensburg et Hourigan), 2019 ONCA 264, 432 C.R.R. (2d) 97, 145 O.R. (3d) 161, 374 C.C.C. (3d) 55, 54 C.R. (7th) 120, [2019] O.J. No. 1683 (QL), 2019 CarswellOnt 4915 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Lederer, 2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, [2017] O.J. No. 6355 (QL), 2017 CarswellOnt 19307 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Côté et Brown sont dissidents en partie.

S. Zachary Green, pour l’appelant.

Marshall A. Swadron, Joanna H. Weiss et Arooba Shakeel, pour l’intimé.

Marc Ribeiro et John Provart, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Jill R. Presser et Shakir Rahim, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Anita Szigeti, Andrew Menchynski, Ruby Dhand et Meaghan McMahon, pour l’intervenant Empowerment Council.

Erin Dann et Michelle Psutka, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Cheryl Milne, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Adam Goldenberg et Ljiljana Stanić, pour l’intervenante l’Association canadienne pour la santé mentale, Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] People with mental illnesses face persistent stigma and prejudicial treatment in Canadian society, which has imposed profound and widespread social, political, and legal disadvantage on them. In particular, discriminatory perceptions that those with mental illnesses are inherently and indefinitely dangerous persist. These perceptions have served to support some of the most unjust treatment of those with mental illnesses. As this case demonstrates, such perceptions still find some expression in legislation.

[2] Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prevents such discrimination from being given the force of law. This appeal requires the Court to apply the equality guarantee to the manner in which those found not criminally responsible on account of mental disorder (NCRMD) of sexual offences are treated by Ontario's sex offender registry regime. It also provides an opportunity to set out a consistent set of principles applicable to granting remedies for legislation that violates the *Charter*.

[3] In Ontario, *Christopher's Law (Sex Offender Registry)*, 2000, S.O. 2000, c. 1 (*Christopher's Law*), requires those who are either convicted or found NCRMD of a sexual offence to physically report to a police station to have their personal information added to the province's sex offender registry. They must continue to report in person at least once a year to keep their information up to date. They must also report every time certain information changes. Even when individuals are no longer required to report

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les personnes souffrant de troubles mentaux font l'objet d'une stigmatisation continue et d'un traitement préjudiciable dans la société canadienne, de sorte qu'elles sont grandement et largement défavorisées sur les plans social, politique et juridique. Plus particulièrement, il subsiste à leur égard des perceptions discriminatoires suivant lesquelles elles sont en soi dangereuses et elles présenteront toujours un danger. Ces perceptions ont d'ailleurs servi à justifier certains des traitements les plus injustes que subissent ces personnes. Comme le démontre la présente affaire, de telles perceptions discriminatoires se manifestent encore à l'occasion dans les textes législatifs.

[2] L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* empêche que ce type de discrimination se voit conférer force de loi. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à appliquer la garantie d'égalité à la manière dont sont traitées les personnes qui sont déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles par le régime d'enregistrement des délinquants sexuels de l'Ontario. Le présent pourvoi donne également à notre Cour l'occasion d'établir un ensemble cohérent de principes qui s'appliqueront à l'octroi de réparations lorsque des textes législatifs violent la *Charte*.

[3] En Ontario, la *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, c. 1 (*Loi Christopher*), exige des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qu'elles se présentent en personne à un poste de police pour fournir leurs renseignements personnels afin que ceux-ci soient consignés au registre des délinquants sexuels de la province. Elles doivent continuer de se présenter en personne

or when they die, information previously gathered about them under the registry is retained.

[4] Those who are found guilty of a sexual offence can be exempted from reporting in the first place by receiving a discharge under s. 730 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, can be removed from the registry upon receipt of a free pardon, and can be exempted from continuing to report upon receipt of either a free pardon or criminal record suspension. There is therefore some opportunity, based on an individualized assessment, to be exempted from the sex offender registry. By contrast, everyone found NCRMD *must* report upon discharge by a provincial review board or court, without exception, no one found NCRMD can *ever* be removed from the registry, and no one found NCRMD can *ever* be exempted from reporting. This is so even if they have received a discharge from a review board.

[5] G, the respondent, was found NCRMD of two sexual offences and then absolutely discharged by the Ontario Review Board (ORB). His record in the 19 years since those offences occurred has been spotless. Nevertheless, as *Christopher's Law* currently stands, G will have to report and will be a registered "sex offender" for the rest of his life. His information will remain in the registry even after he passes away. He has *no* opportunity for removal.

[6] In my view, *Christopher's Law* draws discriminatory distinctions between people found guilty and

devant les autorités au moins une fois par année pour mettre leurs renseignements à jour. De plus, elles doivent se présenter devant les autorités chaque fois que certains de leurs renseignements changent. Même lorsqu'elles ne sont plus tenues de se présenter devant les autorités ou qu'elles décèdent, les renseignements qui ont été recueillis à leur sujet sont conservés dans le registre.

[4] Les personnes déclarées coupables d'une infraction d'ordre sexuel peuvent être dispensées au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités si elles reçoivent une absolution en vertu de l'art. 730 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Elles peuvent également être retirées du registre lorsqu'elles reçoivent un pardon absolu et être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter devant les autorités lorsqu'elles obtiennent un pardon absolu ou la suspension de leur casier judiciaire. Il existe donc certaines possibilités, après une évaluation individuelle, d'être exempté du registre des délinquants sexuels. À l'inverse, toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux *doivent*, sans exception, se présenter devant les autorités après avoir été libérées par une commission d'examen provinciale ou un tribunal. De plus, elles ne peuvent *jamais* être retirées du registre et ne peuvent *jamais* être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités, et ce, même si elles ont obtenu une libération d'une commission d'examen.

[5] G, l'intimé, a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard de deux infractions sexuelles et a par la suite été libéré inconditionnellement par la Commission ontarienne d'examen (Commission). Depuis la perpétration de ces infractions il y a 19 ans, G n'a rien à se reprocher. Toutefois, tel que la *Loi Christopher* est actuellement rédigée, G sera tenu de se présenter devant les autorités et sera un « délinquant sexuel » enregistré jusqu'à la fin de sa vie. De plus, ses renseignements seront conservés dans le registre même après son décès, et il n'a *aucune* possibilité de faire retirer son nom du registre.

[6] À mon avis, la *Loi Christopher* crée des distinctions discriminatoires entre les personnes déclarées

people found NCRMD of sexual offences on the basis of mental disability, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. These discriminatory distinctions cannot be justified in a free and democratic society. I would therefore dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's orders declaring *Christopher's Law* to be of no force or effect as it applies to those found NCRMD and granted an absolute discharge, suspending the declaration of invalidity for 12 months, and exempting G from that suspension by relieving him of further compliance with the legislation and ordering that his information be deleted from the registry immediately.

II. Background

[7] In September 2001, G experienced his first and only manic episode. A month later, he was charged with two counts of sexually assaulting his then-wife, one count of unlawfully confining her, and one count of harassment. The two incidents underlying the charges occurred as a result of that manic episode.

[8] In June 2002, G was found NCRMD. When G appeared before the ORB in July 2002, he received a conditional discharge. In August 2003, the ORB ordered that he be absolutely discharged on the basis that “[t]here is simply no evidence to find that [G] is a significant risk to the safety of the public” (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, at para. 17). G has not engaged in criminal activity since being absolutely discharged approximately 17 years ago. He has adhered to treatment and his symptoms have been in full remission. He has maintained stable employment and has strong and supportive relationships with his family.

[9] G was placed on the provincial sex offender registry in August 2004, and on the federal registry in January 2005. Since then, G has fully complied with

coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles sur le fondement de leur déficience mentale, ce qui va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Ces distinctions discriminatoires ne peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les ordonnances de la Cour d'appel portant que la *Loi Christopher* est inopérante à l'égard des personnes jugées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui obtiennent une libération inconditionnelle, que l'effet de la déclaration d'invalidité doit être suspendu pendant une période de 12 mois, et qu'il faut exempter G de cette suspension en le dispensant de l'obligation de continuer de se conformer à la *Loi* et en ordonnant que ses renseignements soient supprimés du registre sur-le-champ.

II. Contexte

[7] En septembre 2001, G a eu son premier et seul épisode maniaque. Un mois plus tard, il a été accusé de deux chefs d'agression sexuelle sur son épouse de l'époque, d'un chef de séquestration de cette dernière et d'un chef de harcèlement. Les deux incidents à l'origine des accusations découlent de cet épisode maniaque.

[8] En juin 2002, G a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Lorsque G a comparu devant la Commission en juillet 2002, il a obtenu une libération conditionnelle. En août 2003, la Commission a ordonné qu'il soit libéré inconditionnellement au motif qu'il [TRANSDUCTION] « n'existe tout simplement pas de preuve permettant de conclure que [G] représente un risque important pour la sécurité du public » (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, par. 17). G ne s'est livré à aucune activité criminelle depuis sa libération inconditionnelle il y a environ 17 ans. Il suit un traitement et ses symptômes ont complètement disparu. Il garde un emploi stable et a des relations de soutien solides avec les membres de sa famille.

[9] G a été inscrit au registre provincial des délinquants sexuels en août 2004 et au registre fédéral en janvier 2005. Depuis, G s'est toujours acquitté de

his reporting obligations. He has reported in person annually as required by *Christopher's Law* and has complied with other requirements imposed by the federal *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 (*SOIRA*).

[10] G brought an application challenging *Christopher's Law* (and the federal registry, which is not at issue in this appeal) as it applies to persons found NCRMD who have been absolutely discharged under Part XX.1 of the *Criminal Code* in respect of offences giving rise to registration. He took the position that the inability of people in his situation to be granted an exemption or be removed from the registry violates ss. 7 and 15(1) of the *Charter*. G's application was dismissed at first instance, but his appeal was allowed in part.

A. *Ontario Superior Court of Justice (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297) (Lederer J.)*

[11] Relying on the evidence of the government's expert witness, the application judge found that, although it is not possible to predict the risk of recidivism with certainty using actuarial data, the risk of reoffending for a person found NCRMD is no less than that of an individual found guilty. He concluded that, from the perspective of risk assessment, it makes little difference whether the sexual offence results in a criminal conviction or a finding of NCRMD, because people who have been found NCRMD have criminal recidivism rates that are substantially higher than the rates of first-time offending among individuals with no criminal history.

[12] Dealing with the s. 7 claim, the application judge accepted that G's liberty interest is engaged but rejected G's argument that his security of the

ses obligations de se présenter devant les autorités. Il s'est présenté en personne devant les autorités chaque année comme l'exige la *Loi Christopher* et a respecté les autres obligations qui lui sont imposées, au niveau fédéral, par la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10 (*LERDS*).

[10] G a introduit une requête afin de contester l'applicabilité de la *Loi Christopher* (et du registre fédéral, qui n'est pas en litige en l'espèce) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle en vertu de la partie XX.1 du *Code criminel* à l'égard d'infractions qui ont donné lieu à leur inscription au registre. D'après lui, le fait que les personnes dans sa situation ne puissent pas obtenir d'exemption ou être retirées du registre viole l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. La requête de G a été rejetée en première instance, mais son appel a été accueilli en partie.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297) (le juge Lederer)*

[11] S'appuyant sur la déposition du témoin expert du gouvernement, le juge de première instance a statué que, bien qu'il soit impossible de prédire avec certitude le risque de récidive à l'aide de données actuarielles, le risque de récidive d'une personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux n'est pas moins élevé que celui d'une personne déclarée coupable. Il a conclu que, du point de vue de l'évaluation du risque, il importe peu qu'une déclaration de culpabilité ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux soit prononcé à l'égard d'une infraction sexuelle, car les taux de récidive criminelle des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont beaucoup plus élevés que les taux de perpétration d'une première infraction chez les individus n'ayant aucun antécédent judiciaire.

[12] En ce qui concerne la réclamation fondée sur l'art. 7, le juge de première instance a reconnu que le droit à la liberté de G est mis en jeu, mais il a rejeté

person interest is engaged. Relying on the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409, at para. 106, that the registration and reporting requirements were “quite modest”, the application judge concluded that any deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice.

[13] The application judge also found no violation of s. 15(1). He found that *Christopher’s Law* does not distinguish between those found NCRMD and those found guilty of an offence, either on the face of the law or in its impact. This is because the distinction between those found guilty and those found NCRMD is not found in *Christopher’s Law* and because the impact of *Christopher’s Law* is “modest”.

B. *Ontario Court of Appeal (2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161) (Doherty, van Rensburg and Hourigan J.J.A.)*

[14] On appeal, Doherty J.A. for a unanimous Court of Appeal upheld the application judge’s dismissal of G’s s. 7 argument. He agreed with the application judge that *Christopher’s Law* engages G’s liberty interest but not his security of the person interest. He also agreed that the deprivation of liberty conforms to the principles of fundamental justice, relying on the Court of Appeal’s prior decisions in *Dyck* and *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98.

[15] However, Doherty J.A. allowed the appeal on the basis of G’s s. 15(1) claim. He found that the effects of *Christopher’s Law* distinguish between convicted persons and persons found NCRMD on the basis of disability. Convicted persons, Doherty J.A. reasoned, can access mechanisms that allow them to avoid registration in the first place, to be relieved of reporting requirements, or to be removed from the registry. Persons found NCRMD cannot

son argument que c’était aussi le cas de son droit à la sécurité de sa personne. S’appuyant sur la conclusion tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409, par. 106, voulant que les obligations de s’inscrire au registre et de se présenter devant les autorités soient [TRADUCTION] « assez minimales », le juge de première instance a conclu que toute privation de liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

[13] Le juge de première instance a également conclu à l’absence de violation du par. 15(1). Selon lui, la *Loi Christopher* ne crée pas, à première vue ou de par son effet, de distinction entre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et les personnes déclarées coupables d’une infraction. Il en est ainsi parce que la distinction entre les personnes déclarées coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne se trouve pas dans la *Loi Christopher* et parce que l’incidence de la loi est [TRADUCTION] « modeste ».

B. *Cour d’appel de l’Ontario (2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161) (les juges Doherty, van Rensburg et Hourigan)*

[14] En appel, le juge Doherty, au nom d’une formation unanime de la Cour d’appel, a confirmé le rejet, par le juge de première instance, de l’argument de G concernant l’art. 7. Il a convenu avec le juge de première instance que la *Loi Christopher* met en jeu le droit à la liberté de G, mais pas son droit à la sécurité de sa personne. Il a également convenu que la privation de liberté est conforme aux principes de justice fondamentale en s’appuyant sur les décisions antérieures de la Cour d’appel dans *Dyck* et *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98.

[15] Cependant, le juge Doherty a accueilli l’appel en se fondant sur la demande de G concernant le par. 15(1). Il a statué que la *Loi Christopher*, de par ses effets, crée des distinctions entre les personnes déclarées coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux du fait de leur déficience. Le juge Doherty a expliqué que les personnes déclarées coupables ont accès à des mécanismes qui leur permettent

access comparable “exit ramps”, even once they have been absolutely discharged. Doherty J.A. concluded that those distinctions are discriminatory because they foster the stereotypical idea that persons found NCRMD are inherently and perpetually dangerous.

[16] Doherty J.A. also concluded that the law violates the s. 15(1) right of those found NCRMD who receive an absolute discharge by failing to provide them with individualized treatment, citing *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625. Substantive equality, in his view, mandates that those found NCRMD and absolutely discharged have some opportunity for individualized assessment as a precondition for being subject to registry obligations.

[17] Because the law does not minimally impair equality rights, Doherty J.A. concluded that the s. 15(1) breaches are not justified under s. 1. There was no evidence the public safety objective of *Christopher’s Law* would be undermined by extending exemptions to persons found NCRMD who have been absolutely discharged. He reasoned that exemptions have already been extended to convicted persons without apparent damage to this objective.

[18] As to remedy, Doherty J.A. suspended the declaration of invalidity for 12 months to allow the legislature to determine the appropriate response. However, he exempted G from the suspension by ordering that he be immediately removed from and

d’éviter de s’inscrire initialement au registre, d’être dispensées des obligations de se présenter devant les autorités, ou d’être retirées du registre. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux n’ont pas accès à de telles [TRADUCTION] « voies de sortie », et ce, même après avoir obtenu une libération inconditionnelle. Le juge Doherty a conclu que ces distinctions sont discriminatoires, car elles alimentent le stéréotype selon lequel les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger.

[16] Citant l’arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, le juge Doherty a également conclu que la *Loi* porte atteinte au droit que confère le par. 15(1) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui obtiennent une libération inconditionnelle parce qu’elle ne leur procure pas un traitement individuel. À son avis, l’égalité réelle commande que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui bénéficient d’une libération inconditionnelle aient l’occasion d’être soumises à une évaluation individuelle avant de devoir se conformer aux obligations concernant le registre.

[17] Puisque la *Loi* ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits à l’égalité, le juge Doherty a conclu que les violations du par. 15(1) ne sont pas justifiées au regard de l’article premier. Rien ne prouvait que l’objectif de sécurité publique visé par la *Loi Christopher* serait miné si des dispenses étaient également accordées aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle. Le juge Doherty a en effet mentionné que des dispenses sont déjà accordées aux personnes déclarées coupables sans que cet objectif ne semble mis à mal.

[18] En ce qui a trait à la réparation, le juge Doherty a suspendu pour 12 mois l’effet de la déclaration d’invalidité afin de permettre à la législature d’arrêter les mesures qui s’imposent. Toutefois, il a exempté G de cette suspension en ordonnant qu’il

relieved of obligations under the registry. Doherty J.A. reached the same conclusions with respect to the federal sex offender regime under *SOIRA*; the Attorney General of Canada did not appeal the decision.

III. Issues

[19] The Attorney General of Ontario appeals the order declaring *Christopher's Law* to be without force or effect as it applies to those found NCRMD and absolutely discharged, as well as the order that G be immediately removed from and relieved of his obligations under the registry.

[20] The following issues, relating to whether the sex offender scheme infringes the rights of those found NCRMD, arise in this case:

- A. Does *Christopher's Law* violate s. 15(1)?
- B. If so, is it justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*?
- C. Does *Christopher's Law* violate s. 7?
- D. What is the appropriate remedy? Was the declaration of invalidity properly suspended for some period of time? If so, was G properly granted an individual exemption from that suspension?

[21] I begin by outlining the relevant aspects of *Christopher's Law* and Part XX.1 of the *Criminal Code*, then turn to the issues in this appeal.

IV. *Christopher's Law*

[22] *Christopher's Law* establishes a registry containing, among other things, the names, dates of birth, addresses, personal and business phone numbers, employers, descriptions, and photographs of

soit immédiatement retiré du registre et qu'il soit dispensé des obligations qui lui incombent à l'égard de celui-ci. Le juge Doherty est parvenu aux mêmes conclusions en ce qui a trait au régime fédéral régissant les délinquants sexuels créé par la *LERDS*; le procureur général du Canada n'a pas porté la décision en appel.

III. Questions en litige

[19] Le procureur général de l'Ontario interjette appel de l'ordonnance déclarant la *Loi Christopher* inopérante à l'endroit des personnes jugées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle, ainsi que de l'ordonnance selon laquelle G doit être immédiatement retiré du registre et dispensé des obligations qui lui incombent à l'égard de celui-ci.

[20] La présente affaire soulève les questions suivantes, lesquelles visent à établir si le régime d'enregistrement des délinquants sexuels porte atteinte aux droits des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux :

- A. La *Loi Christopher* viole-t-elle le par. 15(1)?
- B. Dans l'affirmative, la *Loi Christopher* se justifie-t-elle en tant que limite raisonnable au regard de l'article premier de la *Charte*?
- C. La *Loi Christopher* viole-t-elle l'art. 7?
- D. Quelle est la réparation appropriée? L'effet de la déclaration d'invalidité a-t-il été suspendu à juste titre pendant une certaine période? Dans l'affirmative, G a-t-il obtenu à bon droit une exemption individuelle de cette suspension?

[21] Je commencerai par exposer les aspects pertinents de la *Loi Christopher* et de la partie XX.1 du *Code criminel*, puis j'examinerai les questions qui sont en litige dans le présent pourvoi.

IV. *Loi Christopher*

[22] La *Loi Christopher* établit un registre où figurent notamment le nom, la date de naissance, l'adresse, les numéros de téléphone personnel et professionnel, le nom de l'employeur, la description

Ontario residents who have been convicted or found NCRMD in respect of a sexual offence, along with the sexual offence in question (s. 2; *Christopher's Law (Sex Offender Registry)*, 2000, O. Reg. 69/01 (*Christopher's Law Regulation*), s. 2).

[23] *Christopher's Law* imposes three distinct types of burdens on registrants. First, registrants must comply with initial reporting requirements that, broadly, apply upon release into the community. Second, registrants must continue to report at least once a year and within seven days of specified events, such as changing their addresses or names. Third, registrants' information persists in the registry, subject to removal only in the event that a registrant receives a free pardon (s. 9.1; *Christopher's Law Regulation*, s. 2(3)). I explain these burdens in more detail below.

[24] Registrants must present themselves in person at a police station or other designated place to comply with their initial reporting requirements within seven days of release from custody, release on parole, release following absolute or conditional discharge after being found NCRMD, and becoming resident in Ontario (s. 3(1); *Christopher's Law Regulation*, s. 1.2). This initial in-person reporting obligation takes 45-60 minutes to complete at a police station.

[25] Registrants must present themselves at least once a year to fulfil their ongoing reporting obligations (s. 3(1)(f) and (g)). They must provide a wide variety of information identified in the regulations, including their name and any present or past aliases, their addresses, their personal and business phone numbers, the name of their employers, their photograph, their physical description, their driver's licence number, their licence plate number, the

et la photographie des résidents de l'Ontario qui ont été déclarés coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'une infraction sexuelle, ainsi que l'infraction sexuelle en cause (art. 2; *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, Règl. de l'Ont. 69/01 (*Règlement de la Loi Christopher*), art. 2).

[23] La *Loi Christopher* impose trois fardeaux distincts aux délinquants. Premièrement, les délinquants sont tenus de se présenter pour la première fois devant les autorités et cette obligation s'applique, de façon générale, dès qu'ils sont mis en liberté dans la société. Deuxièmement, les délinquants sont tenus de continuer de se présenter devant les autorités au moins une fois par année et dans les sept jours suivant un changement précis de leur situation, comme un changement d'adresse ou de nom. Troisièmement, les renseignements sur les délinquants sont conservés dans le registre et ne peuvent être supprimés que lorsque les personnes enregistrées obtiennent un pardon absolu (art. 9.1; *Règlement de la Loi Christopher*, par. 2(3)). Ces fardeaux sont expliqués plus en détail ci-après.

[24] Les délinquants doivent se rendre en personne à un poste de police ou à un autre lieu désigné pour s'acquitter de leurs obligations de se présenter devant les autorités dans les sept jours suivants leur mise en liberté, leur mise en liberté conditionnelle ou leur libération inconditionnelle ou sous conditions après qu'ils ont été déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, et après qu'ils sont devenus des résidents de l'Ontario (par. 3(1); *Règlement de la Loi Christopher*, art. 1.2). La première fois qu'ils se présentent à un poste de police, il faut entre 45 et 60 minutes pour procéder à leur inscription au registre.

[25] Les délinquants doivent se présenter devant les autorités au moins une fois par année pour s'acquitter de leurs obligations continues (al. 3(1)f) et 3(1)g)). Ils sont tenus de fournir un grand nombre de renseignements énoncés dans le *Règlement*, tels que leur nom et leurs pseudonymes actuels et antérieurs, leur adresse, leurs numéros de téléphone personnel et professionnel, le nom de leur employeur, leur photographie, leur description physique, le numéro

characteristics of the car they regularly use, and the educational institutions in which they are enrolled (s. 3(2); *Christopher's Law Regulation*, s. 2). It takes 30-60 minutes to fulfil the annual reporting obligation. Registrants are also required to report every time they change their address, change their name, and become or cease to be an Ontario resident.

[26] Registrants must comply with the reporting obligations for 10 years if the maximum sentence for the sexual offence of which they were convicted or found NCRMD is 10 years or less (s. 7(1)(a)). They must comply for life if the maximum sentence is greater than 10 years or if they were convicted or found NCRMD of more than one sexual offence (s. 7(1)(b) and (c)).

[27] There is no reporting obligation for those who receive conditional or absolute discharges under s. 730 of the *Criminal Code*, because s. 730(3) deems those individuals not to have been convicted of the offence, and s. 3 of *Christopher's Law* only captures persons who have been convicted or found NCRMD of an offence.

[28] Under s. 7(4) of *Christopher's Law*, a registrant is no longer required to report upon receiving either a free pardon or a criminal record suspension. A free pardon deems the recipient to have never committed the offence of which they were convicted (*Criminal Code*, s. 748(3)). A free pardon may be granted either under the Crown's prerogative of mercy or under s. 748 of the *Criminal Code*. Historically, the prerogative of mercy and the free pardon, one of the remedies the prerogative can provide, have been exercised to correct wrongful convictions and to compassionately ameliorate the impacts of convictions (*Hinse v. Canada (Attorney General)*,

de leur permis de conduire, le numéro de leur plaque d'immatriculation, les caractéristiques du véhicule qu'ils utilisent régulièrement, et les établissements d'enseignement où ils sont inscrits (par. 3(2); *Règlement de la Loi Christopher*, art. 2). Il leur faut entre 30 et 60 minutes pour s'acquitter de ces obligations annuelles. Les délinquants doivent également se présenter devant les autorités chaque fois qu'ils changent d'adresse ou de nom et qu'ils deviennent ou cessent d'être des résidents de l'Ontario.

[26] Les délinquants sont tenus de se présenter devant les autorités pendant une période de 10 ans si la peine maximale prévue pour l'infraction sexuelle dont ils ont été déclarés coupables ou déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne dépasse pas 10 ans (al. 7(1)a)). Ils sont tenus de se présenter devant les autorités pendant le reste de leur vie si la peine maximale prévue dépasse 10 ans ou s'ils ont été déclarés coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux de plus d'une infraction sexuelle (al. 7(1)b) et c)).

[27] Les personnes qui obtiennent une absolution sous conditions ou une absolution inconditionnelle en vertu de l'art. 730 du *Code criminel* ne sont pas tenues de se présenter devant les autorités, car elles sont réputées ne pas avoir été condamnées à l'égard de l'infraction aux termes du par. 730(3), et seules les personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sont visées par l'art. 3 de la *Loi Christopher*.

[28] Selon le par. 7(4) de la *Loi Christopher*, le délinquant n'est plus tenu de se présenter devant les autorités lorsqu'il obtient un pardon absolu ou une suspension de son casier judiciaire. Lorsqu'un pardon absolu est accordé à une personne, celle-ci est par la suite réputée n'avoir jamais commis l'infraction dont elle avait été déclarée coupable (*Code criminel*, par. 748(3)). Un pardon absolu peut être accordé en vertu de la prérogative royale de clémence ou de l'art. 748 du *Code criminel*. Historiquement, la prérogative de clémence et le pardon absolu — l'une des réparations que l'on peut octroyer au titre de cette prérogative — étaient exercés pour corriger des

2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 28; G. T. Trotter, “Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review” (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339). A record suspension is granted by the National Parole Board to those who have been convicted of an offence. Good conduct in the period since the end of imprisonment or probation is among the circumstances to be considered in granting a record suspension (*Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, ss. 4 and 4.1).

[29] Under s. 9.1 of *Christopher’s Law*, a registrant will be removed from the registry upon receiving a free pardon. At the time of G’s registration, s. 9.1 also provided that a registrant would be removed from the registry upon receiving what is now referred to as a record suspension. However, while a record suspension removes the reporting requirement, it no longer leads to removal from the registry (*Christopher’s Law (Sex Offender Registry) Amendment Act, 2011*, S.O. 2011, c. 8, ss. 1(1) and 6). Finally, there is no mechanism for removing registrants’ information upon a successful appeal, nor when they pass away. Instead, the registrant’s date of death is added to the registry (*Christopher’s Law Regulation*, s. 2(1) 10).

[30] Information contained in the registry can be disclosed to police forces within and outside Canada for crime prevention and law enforcement purposes, and disclosed publically by a chief of police or designate under certain circumstances (s. 10(2) and (3); *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 41(1.1) and (1.2)).

[31] Significantly, *Christopher’s Law* requires police forces to make reasonable efforts to verify an offender’s address at least once a year, which may

déclarations de culpabilité injustifiées et pour faire montre de compassion en améliorant les répercussions qu’ont les déclarations de culpabilité (*Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 28; G. T. Trotter, « Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy : Examining the Self-Defence Review » (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339). La Commission nationale des libérations conditionnelles accorde une suspension du casier aux personnes qui ont été déclarées coupables d’une infraction. La bonne conduite du délinquant depuis la fin de sa peine d’emprisonnement ou de sa période de probation fait partie des circonstances à prendre en compte au moment d’octroyer une suspension du casier judiciaire (*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47, art. 4 et 4.1).

[29] Selon l’art. 9.1 de la *Loi Christopher*, un délinquant est retiré du registre lorsqu’il obtient un pardon absolu. Lorsque G a été inscrit au registre, l’art. 9.1 prévoyait également que les délinquants étaient retirés du registre lorsqu’ils obtenaient ce qu’on appelle maintenant une suspension du casier judiciaire. Aujourd’hui, les personnes dont le casier judiciaire a été suspendu ne sont certes plus tenues de se présenter devant les autorités, mais elles ne sont pas retirées du registre (*Loi de 2011 modifiant la Loi Christopher sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2011, c. 8, par. 1(1) et art. 6). Enfin, il n’existe aucun mécanisme permettant de supprimer les renseignements d’un délinquant du registre lorsqu’un appel est accueilli ou que le délinquant décède. La date de son décès est plutôt ajoutée au registre (*Règlement de la Loi Christopher*, par. 2(1) 10).

[30] Les renseignements contenus dans le registre peuvent être divulgués aux corps policiers du Canada ou d’ailleurs aux fins de prévention de la criminalité ou d’application de la loi, et ils peuvent être rendus publics par le chef de police ou la personne que celui-ci désigne dans certaines circonstances (par. 10(2) et 10(3); *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15, par. 41(1.1) et (1.2)).

[31] Fait important, la *Loi Christopher* exige des corps de police qu’ils fassent des efforts raisonnables pour vérifier l’adresse d’un délinquant au moins

consist of attending at a registrant's home (s. 4(2)). It does not set limits on the number of checks that can be conducted for verification purposes and does not require police forces to give registrants notice of verification efforts.

[32] Registrants who fail to comply with *Christopher's Law* are subject to a maximum fine of \$25,000 or up to a year's imprisonment for a first offence and a maximum fine of \$25,000 or up to two years' imprisonment less a day for a subsequent offence (s. 11).

V. Criminal Code, Part XX.1

[33] Part XX.1 of the *Criminal Code* sets out the "assessment-treatment system" that applies to persons who are exempt from criminal responsibility and receive a verdict of NCRMD by virtue of ss. 16(1) and 672.34 (*Winko*, at para. 16). Part XX.1 provides for the establishment of provincial review boards, with the responsibility to hold hearings to determine whether to grant persons found NCRMD conditional or absolute discharges under s. 672.54.¹

[34] In *Winko*, at para. 20, this Court described the purposes of Part XX.1, a scheme founded on the "twin goals of fair treatment [for those found NCRMD] and public safety":

... the purpose of Part XX.1 is to replace the common law regime for the treatment of those who offend while mentally ill with a new approach emphasizing

¹ Though Part XX.1 also empowers courts to make such orders in certain circumstances, review boards are responsible for making the large majority of these orders (Department of Justice, Research and Statistics Division, *The Review Board Systems in Canada: An Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study* (2006), at p. 2). That is why I refer to review boards throughout these reasons.

une fois par année, notamment en se rendant à son domicile (par. 4(2)). La *Loi* ne limite pas le nombre de vérifications qui peuvent être effectuées et n'exige pas que les corps de police avertissent les délinquants qu'ils procéderont à une vérification.

[32] Les délinquants qui ne se conforment pas à la *Loi Christopher* sont passibles d'une amende maximale de 25 000 \$ ou d'un emprisonnement maximal d'un an pour une première infraction et d'une amende maximale de 25 000 \$ ou d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour pour toute infraction subséquente (art. 11).

V. Partie XX.1 du Code criminel

[33] La partie XX.1 du *Code criminel* instaure le « système permettant d'évaluer » et de traiter les personnes non responsables criminellement qui ont obtenu un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux en application du par. 16(1) et de l'art. 672.34 (*Winko*, par. 16). La partie XX.1 prévoit aussi l'établissement de commissions d'examen provinciales, dont le mandat consiste à tenir des audiences afin de déterminer si une libération inconditionnelle ou conditionnelle doit être accordée aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux en vertu de l'art. 672.54¹.

[34] Dans l'arrêt *Winko*, au par. 20, notre Cour a décrit les objets de la partie XX.1, qui établit un régime fondé sur le « double objectif de traiter équitablement [les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux] et d'assurer la sécurité du public » :

... l'objet de la partie XX.1 vise à remplacer le système établi en common law pour le traitement des personnes qui commettent des infractions alors qu'elles sont

¹ Bien que la partie XX.1 confère également aux tribunaux le pouvoir d'accorder de telles libérations dans certaines circonstances, les commissions d'examen statuent sur cette question dans la grande majorité des cas (ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Les systèmes de commissions d'examen du Canada : survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux* (2006), p. 2). C'est pourquoi je parle de commissions d'examen dans les présents motifs.

individualized assessment and the provision of opportunities for appropriate treatment. . . . [The NCRMD finding] triggers a balanced assessment of the offender's possible dangerousness and of what treatment-associated measures are required to offset it. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1's goals of public protection and fairness to the NCR accused. [para. 43]

[35] Following a disposition or review hearing, a review board may order an absolute discharge, a conditional discharge, or a hospital detention (s. 672.54). In arriving at a disposition that is "necessary and appropriate in the circumstances", review boards must take into account the safety of the public, along with the mental condition of the person found NCRMD, their reintegration into society, and their other needs (s. 672.54). Conditions relating to treatment may only be included in a disposition if the accused consents to the condition (s. 672.55).

[36] In general, disposition hearings are held within 45 days of an NCRMD verdict, and disposition review hearings are held no more than 12 months after the most recent disposition or disposition review hearing (ss. 672.47 and 672.81).

[37] The review board *must* absolutely discharge any person found NCRMD unless it concludes, based on the evidence presented at the hearing, that the person poses a "significant risk of committing a serious criminal offence" (*Winko*, at para. 57; see also s. 672.54(a)). If the review board cannot make the required positive finding of significant risk, jurisdiction under Part XX.1 falls away — the criminal law cannot legitimately restrain that individual's liberty any further (*Winko*, at para. 33).

atteintes de troubles mentaux par un nouveau régime qui met l'accent sur l'évaluation individuelle et fournit la possibilité de recevoir un traitement approprié. [Le verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux] entraîne l'évaluation pondérée du risque que peut représenter le contrevenant et la détermination des mesures thérapeutiques qui s'imposent à cet égard. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l'accusé non responsable criminellement. [par. 43]

[35] Au terme d'une décision ou d'une audience de révision, une commission d'examen peut accorder une libération inconditionnelle ou une libération conditionnelle, ou ordonner la détention de l'accusé dans un hôpital (art. 672.54). Lorsqu'elle rend la décision qui est « nécessaire et indiquée dans les circonstances », la commission d'examen doit prendre en considération la sécurité du public, ainsi que l'état mental de la personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, sa réinsertion sociale et ses autres besoins (art. 672.54). Des conditions relatives à un traitement ne peuvent être incluses dans une décision que si l'accusé y consent (art. 672.55).

[36] En général, les audiences visant à arrêter la décision à rendre se tiennent dans les 45 jours suivant un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, et les audiences visant à procéder à la révision d'une décision se tiennent au plus tard 12 mois après la décision ou l'audience de révision la plus récente (art. 672.47 et 672.81).

[37] La commission d'examen *doit* absolument libérer toute personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, sauf si elle conclut, sur la foi de la preuve présentée à l'audience, qu'il y a un « risque important que l'accusé commette une infraction criminelle grave » (*Winko*, par. 57; voir aussi l'al. 672.54a)). Si la commission d'examen ne peut pas conclure positivement que l'accusé représente un risque important, elle perd alors la compétence dont elle est investie par la partie XX.1 — le droit criminel ne peut légitimement pas restreindre davantage la liberté de l'accusé (*Winko*, par. 33).

[38] This constitutional imperative, coupled with the individualized review that the review board must undertake at least annually in every person’s case, illustrate Part XX.1’s rejection of “invidious” stereotypical notions that persons with mental illnesses are inherently dangerous (*Winko*, at paras. 35, 47 and 89). Risk cannot be assumed; it must be positively found. And it must be found based on evidence considered within an individualized assessment of a person’s circumstances.

VI. Analysis

A. *Does Christopher’s Law Infringe the Equality Rights of Those Found NCRMD?*

(1) General principles

[39] The equality guarantee has a powerful remedial purpose (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 3; see also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171). As Abella J. noted in *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, the “root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed” (para. 332) — though, of course, *historical* discrimination need not be demonstrated for a court to find that a law infringes s. 15(1). The equality guarantee seeks to prevent and remedy discrimination against groups subject to social, political, and legal disadvantage in Canadian society (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 994; see also *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 54). It expresses a commitment to recognizing the essential, inalienable equal worth of all persons through the law (*Andrews*, at p. 171; *Eldridge*, at para. 54). In *Andrews*, the launching pad of the Court’s *Charter* equality jurisprudence, McIntyre J. observed that the “worst oppression will result from discriminatory measures having the force

[38] Cet impératif constitutionnel, conjugué à l’évaluation individuelle que la commission d’examen doit effectuer au moins une fois par année dans tous les cas, montre que la partie XX.1 rejette le stéréotype « déplorable » selon lequel les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses (*Winko*, par. 35, 47 et 89). La commission d’examen ne peut supposer qu’il existe un risque; elle doit plutôt conclure positivement à l’existence d’un risque à partir de la preuve dont elle est saisie lorsqu’elle procède à une évaluation individuelle de la situation d’une personne.

VI. Analyse

A. *La Loi Christopher porte-t-elle atteinte aux droits à l’égalité des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux?*

(1) Principes généraux

[39] La garantie d’égalité vise un puissant objet réparateur (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 3; voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171). Comme l’a fait remarquer la juge Abella dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, « [à] la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination » (par. 332) — même s’il n’est évidemment pas nécessaire que la discrimination *historique* soit établie pour que le tribunal conclue qu’une loi enfreint le par. 15(1). La garantie d’égalité vise à prévenir la discrimination envers les groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne et à remédier à cette discrimination (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 994; voir aussi *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 54). Cette garantie exprime un engagement à reconnaître l’essentielle et inaliénable égalité de valeur des personnes par le truchement de la loi (*Andrews*, p. 171; *Eldridge*, par. 54). Dans l’arrêt *Andrews*, la première décision de notre Cour

of law” (p. 172). The equality guarantee means that discriminatory laws will have no force at all.

[40] The Court asks two questions in determining whether a law infringes s. 15(1). First, does the challenged law, on its face or in its impact, draw a distinction based on an enumerated or analogous ground? If a law is facially neutral, it may draw a distinction indirectly where it has an adverse impact upon members of a protected group. Second, if it does draw a distinction, does it impose “burdens or [deny] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating . . . disadvantage”, including “historical” disadvantage? (See *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at para. 22, citing *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20, and *Québec v. A*, at paras. 323-24 and 327; see also *Québec v. A*, at para. 332, *Québec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paras. 25-28, and *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113, at paras. 27 and 30, per Abella J.)

[41] The first step — whether the law creates a distinction based on enumerated or analogous grounds — is not a preliminary merits test or “an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases” (*Québec v. Alliance*, at para. 26). It is aimed at ensuring that those who access the protection of s. 15(1) are those it is designed to protect (*Alliance*, at para. 26). In cases involving laws that draw distinctions in their impact, the disproportionate impact on a protected group is enough — the disproportionate impact need not be *caused* by the protected ground (*Fraser*, at para. 70).

portant sur le droit à l’égalité que confère la *Charte*, le juge McIntyre a fait observer que la « pire forme d’oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi » (p. 172). La garantie d’égalité signifie que les lois discriminatoires n’auront aucune force.

[40] La Cour se pose deux questions lorsqu’elle est appelée à décider si une loi enfreint le par. 15(1). Premièrement, la loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? Une loi en apparence neutre peut créer indirectement une distinction si elle a un effet préjudiciable sur les membres d’un groupe protégé. Deuxièmement, dans l’affirmative, la loi contestée impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage », y compris le désavantage « historique » subi? (Voir *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 22, citant *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20, et *Québec c. A*, par. 323-324 et 327; voir aussi *Québec c. A*, par. 332, *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 25-28, et *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113, par. 27 et 30, la juge Abella.)

[41] La première étape — que la loi crée ou non une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue — ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni « un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques » (*Québec c. Alliance*, par. 26). Son objectif consiste plutôt à faire en sorte que les personnes bénéficiant de la protection du par. 15(1) sont celles qu’il est censé protéger (*Alliance*, par. 26). Dans les cas où une loi crée une distinction de par son effet, il suffit que cette loi ait un effet disproportionné sur un groupe protégé — il n’est pas nécessaire que cet effet disproportionné ait été *causé* par le motif protégé (*Fraser*, par. 70).

[42] The second step asks whether the challenged law imposes a burden or denies a benefit in a manner that is discriminatory. Importantly, it does not matter to either step of the analysis whether the challenged law *created* the social, political or legal disadvantage of protected groups (*Centrale des syndicats*, at para. 32, citing *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 84 and 97; *Fraser*, at para. 71). If the law reinforces, perpetuates, or exacerbates their disadvantage, it violates the equality guarantee and thereby gives discrimination the force of law.

[43] The ultimate issue in s. 15(1) cases is whether the challenged law violates the animating norm of substantive equality (*Quebec v. A*, at para. 325, citing *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2; *Fraser*, at para. 42; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 14). Substantive equality focuses both steps of the s. 15(1) analysis on the concrete, material impacts the challenged law has on the claimant and the protected group or groups to which they belong in the context of their actual circumstances, including historical and present-day social, political, and legal disadvantage. An appreciation of the role substantive equality has played in our jurisprudence is necessary to understand why many of the arguments the Attorney General presented to this Court must be rejected.

[44] This Court’s conception of substantive equality has developed in opposition to formal equality approaches. Formal equality is limited to equality “before the law”, and sees equality as a principle fulfilled by “treating likes alike” (*Andrews*, at pp. 165-68 and 170; *Centrale des syndicats*, at para. 27). Formalist approaches to equality rights involve a “decontextualized application of objectified rules and definitions” that fails to account for, among others, conditions of material inequality, the concrete impacts that laws have on individuals and groups, and the manner in which individuals’ choices are embedded in their social and economic surroundings (S. McIntyre, “Answering the Siren Call of

[42] La deuxième étape consiste à se demander si la loi contestée impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière discriminatoire. Il est important de souligner que le fait que la loi contestée ait *créé* les désavantages sociaux, politiques et juridiques que subissent les groupes protégés ne change rien, que ce soit à la première ou à la deuxième étape de l’analyse (*Centrale des syndicats*, par. 32, citant *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 84 et 97; *Fraser*, par. 71). Si la loi renforce, perpétue ou accentue le désavantage subi, elle porte atteinte à la garantie d’égalité et donne donc force de loi à la discrimination.

[43] Dans les litiges mettant en cause le par. 15(1), la question ultime consiste à déterminer si la loi contestée transgresse la norme fondamentale d’égalité réelle applicable (*Québec c. A*, par. 325, citant *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *Fraser*, par. 42; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 14). Selon la norme d’égalité réelle, les deux étapes de l’analyse fondée sur le par. 15(1) doivent être axées sur les répercussions concrètes importantes qu’a la loi contestée sur le demandeur et le ou les groupes protégés auxquels il appartient dans leur situation réelle, ce qui comprend les désavantages sociaux, politiques et juridiques historiques ou actuels. Pour comprendre pourquoi bon nombre des arguments que le procureur général a invoqués devant notre Cour doivent être rejetés, il est nécessaire de reconnaître le rôle qu’a joué le principe de l’égalité réelle dans notre jurisprudence.

[44] La conception que se fait notre Cour de l’égalité réelle a évolué en opposition aux approches d’égalité formelle. L’égalité formelle se limite à l’égalité « devant la loi » et considère l’égalité comme un principe qui se réalise par « l’égalité de traitement des individus égaux » (*Andrews*, p. 165-168 et 170; *Centrale des syndicats*, par. 27). Les approches formalistes relatives aux droits à l’égalité consistent à [TRADUCTION] « appliquer des règles et des définitions objectives sans égard au contexte » qui ne tiennent pas compte de conditions telles que l’inégalité importante, les effets concrets qu’ont les lois sur les individus et les groupes, et la manière dont les choix des individus sont ancrés

Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination”, in F. Faraday, M. Denike and M. K. Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2nd ed. 2009), 99, at p. 105; *Fraser*, at para. 89; *Quebec v. A*, at para. 342, citing M. Young, “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15”, in S. Rodgers and S. McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, at pp. 190-91 and 196).

[45] In *Andrews*, this Court interpreted the *Charter’s* broadly worded equality rights guarantee as a clear repudiation of the formalism that had dominated under the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, whose more limited equality guarantee was rendered ineffectual by narrow interpretation (p. 170). Recognizing that identical treatment may produce inequality and that different treatment may not always produce inequality, the Court properly highlighted the law’s impact on individual claimants and groups as the main consideration (pp. 164-65).

[46] Since then, the Court has remained vigilant in its jurisprudence in guarding the s. 15(1) analysis from incursions by formal equality approaches (see *Centrale des syndicats*, at paras. 25-26; *Withler*, at para. 43). To this end, it has eschewed a formalistic analysis based on “mirror comparator groups” because the search for the “proper” comparator group obscured the oppressive nature of some laws (*Withler*, at para. 2); it has rejected discriminatory intent as a necessary element of discrimination in favour of focusing on a law’s concrete impacts (*Eldridge*, at para. 62; *Andrews*, at p. 173); and it has held fast to the view that the adverse effects of a facially neutral law can constitute discrimination contrary to s. 15(1) (*Eldridge*, at paras. 77-78; *Andrews*, at p. 173).

dans le contexte socioéconomique dans lequel ils évoluent (S. McIntyre, « Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination », dans F. Faraday, M. Denike et M. K. Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (2^e éd. 2009), 99, p. 105; *Fraser*, par. 89; *Québec c. A*, par. 342, citant M. Young, « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 », dans S. Rodgers et S. McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, p. 190-191 et 196).

[45] Dans l’arrêt *Andrews*, notre Cour a interprété la garantie d’égalité formulée en termes larges dans la *Charte* comme un rejet clair du formalisme qui prévalait sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, dont la garantie d’égalité plus limitée avait été rendue inefficace en raison d’une interprétation restrictive (p. 170). Reconnaissant qu’un traitement identique peut engendrer des inégalités et qu’une différence de traitement ne produira pas forcément d’inégalité, notre Cour a souligné à juste titre que la principale considération doit être l’effet de la loi sur les demandeurs ou les groupes concernés (p. 164-165).

[46] Depuis, notre Cour a fait preuve de prudence dans ses décisions en protégeant l’analyse fondée sur le par. 15(1) des incursions des approches d’égalité formelle (voir *Centrale des syndicats*, par. 25-26; *Withler*, par. 43). À cette fin, elle a évité de procéder à une analyse formaliste fondée sur la « comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques » parce que la recherche du groupe de comparaison « approprié » éclipait la nature oppressive de certaines lois (*Withler*, par. 2). Elle a rejeté l’intention discriminatoire comme condition nécessaire à l’existence d’une discrimination et a préféré s’attarder aux effets concrets d’une loi (*Eldridge*, par. 62; *Andrews*, p. 173). Elle s’est aussi tenue fermement à l’idée que les effets préjudiciables d’une loi apparemment neutre peuvent constituer de la discrimination interdite par le par. 15(1) (*Eldridge*, par. 77-78; *Andrews*, p. 173).

[47] Emerging from the foundation laid in *Andrews*, substantive equality concerns itself with historical or current conditions of disadvantage, products of the persistent systemic discrimination that continues to oppress groups (*Fraser*, at para. 42). Substantive equality demands an approach “that looks at the full context, including the situation of the claimant group and . . . the impact of the impugned law” on the claimant and the groups to which they belong, recognizing that intersecting group membership tends to amplify discriminatory effects (*Centrale des syndicats*, at para. 27, quoting *Withler*, at para. 40) or can create unique discriminatory effects not visited upon any group viewed in isolation. It must remain closely connected to “real people’s real experiences” (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 53, per L’Heureux-Dubé J.): it must not be applied “with one’s eyes shut” (McIntyre, at p. 103). Further, as Wilson J. reasoned in *Andrews*, at p. 153: “It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the ‘unremitting protection’ of equality rights in the years to come.”

(2) Distinction Based on the Enumerated Ground of Mental Disability

[48] The first step is to identify a distinction made on the face of the law or in its impact based on an enumerated or analogous ground.

[49] The Attorney General submits before this Court that *Christopher’s Law* does not draw a distinction by denying those found NCRMD access to exit ramps. The Attorney General says the denial of a benefit to those found NCRMD results from distinctions drawn by the federal legislation, which is outside the Ontario legislature’s control.

[47] L’égalité réelle, laquelle ressort des fondements établis dans l’arrêt *Andrews*, s’intéresse aux conditions antérieures ou actuelles qui causent des désavantages et qui sont le résultat de la discrimination systémique qui continue d’opprimer des groupes (*Fraser*, par. 42). L’égalité réelle commande l’adoption d’une démarche « qui tienne compte du contexte dans son ensemble, y compris la situation du groupe de demandeurs et [l’effet de] la mesure législative contestée » sur le demandeur et les groupes auxquels il appartient, et qui reconnaisse également que l’appartenance à plusieurs groupes tend à accentuer les effets discriminatoires d’une mesure législative (*Centrale des syndicats*, par. 27, citant *Withler*, par. 40), ou peut créer des effets discriminatoires uniques qui ne sont ressentis par aucun groupe examiné de façon isolée. L’égalité réelle doit demeurer étroitement liée aux « véritables expériences que vivent les gens ordinaires » (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 53, la juge L’Heureux-Dubé) : elle ne doit donc pas être appliquée [TRADUCTION] « les yeux fermés » (McIntyre, p. 103). De plus, comme l’a expliqué la juge Wilson à la p. 153 de l’arrêt *Andrews* : « Il est conforme au statut constitutionnel de l’art. 15 qu’il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la “protection constante” des droits à l’égalité dans les années à venir. »

(2) Distinction fondée sur le motif énuméré de la déficience mentale

[48] La première étape consiste à établir l’existence d’une distinction qui a été créée à première vue par la loi ou de par son effet sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue.

[49] Le procureur général fait valoir devant notre Cour que la *Loi Christopher* ne crée pas de distinction en empêchant les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’avoir accès à des voies de sortie. Le procureur général affirme que ce sont les distinctions établies par les lois fédérales, sur lesquelles le législateur ontarien n’a aucun contrôle, qui privent les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’un avantage.

[50] Here, there are clear distinctions drawn based on the enumerated ground of mental disability. Offenders found guilty can be exempted from having to report and register in the first place by receiving a discharge in their sentencing hearing. Convicted registrants can be removed from the registry by receiving a free pardon, and can be relieved of the obligation to continue to report upon receipt of a free pardon or record suspension. A discharge, as a possible result of a sentencing hearing, is necessarily tailored to the individual circumstances of the accused (see *R. v. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16, at para. 27). Both free pardons and record suspensions are granted following some assessment of the offender's individual circumstances. These existing mechanisms, as they apply to those found guilty, provide opportunities, based on some level of individualized assessment, for exemption, removal, or relief from the sex offender registry. But there is no way for those found NCRMD to be exempted from having to report and register, to be removed from the registry once they have been put on it, or to be relieved of the obligation of continuing to report.

[51] These distinctions flow from the manner in which *Christopher's Law* interacts with federal legislation, including the *Criminal Code* and *Criminal Records Act*. However, legislation does not exist in a vacuum — *Christopher's Law* imposes a scheme of obligations on persons convicted of or found NCRMD in respect of sexual offences. It is layered on top of the consequences of findings made under the *Criminal Code* by design. Even if the legislature made these distinctions inadvertently, a substantive equality analysis considers distinctions that are unintentional or result from the law's interaction with other statutes or circumstances. These are core lessons of this Court's jurisprudence (*Fraser*,

[50] En l'espèce, des distinctions claires ont été faites sur le fondement du motif énuméré qu'est la déficience mentale. Les personnes déclarées coupables peuvent être dispensées au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités afin de s'inscrire au registre si elles obtiennent une absolution lors de leur audience de détermination de la peine. Les personnes déclarées coupables peuvent être retirées du registre si elles obtiennent un pardon absolu, et elles peuvent être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter devant les autorités si elles obtiennent un pardon absolu ou une suspension de leur casier judiciaire. L'absolution, qui est l'une des issues possibles lors de l'audience de détermination de la peine, est nécessairement adaptée à la situation personnelle de l'accusé (voir *R. c. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16, par. 27). Le pardon absolu et la suspension du casier sont accordés à la suite d'une évaluation de la situation personnelle du délinquant. Ces mécanismes existants, qui s'appliquent aux personnes déclarées coupables, permettent aux délinquants d'être dispensés de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels, d'être retirés du registre ou d'être dispensés de l'obligation de se présenter devant les autorités après avoir fait l'objet d'un certain niveau d'évaluation individuelle. Toutefois, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne peuvent pas être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités pour s'inscrire au registre, ne peuvent pas être retirées du registre après y avoir été inscrites et ne peuvent pas être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter devant les autorités.

[51] Ces distinctions découlent de la manière dont la *Loi Christopher* interagit avec les lois fédérales, comme le *Code criminel* et la *Loi sur le casier judiciaire*. Cependant, les lois n'existent pas dans l'abstrait — la *Loi Christopher* impose un régime d'obligations aux personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles. Ces obligations s'ajoutent aux conséquences des conclusions qui sont tirées en application du *Code criminel* de par leur conception. Même si le législateur a créé ces distinctions par inadvertance, les distinctions qui ne sont pas intentionnelles ou qui découlent de l'interaction d'une loi avec d'autres

at paras. 31-34, 41-47 and 69; *Andrews*, at p. 173; *Eldridge*, at paras. 62 and 77-78). The combined effect of multiple statutes is particularly important for those with mental illnesses, as their lives are often regulated by what the intervener, the Canadian Mental Health Association, Ontario, calls a “complex web of statutes and regulations” (I.F., at para. 7).

[52] Here, it is determinative that those found NCRMD have *no opportunity* to be exempted from initial registration, removed from the registry, or relieved of the obligation to report, whereas opportunities for exemption, removal, and relief are available to those found guilty of the same offences. This distinction arises precisely because of the NCRMD regime. NCRMD individuals are plainly subjected to different treatment based on the enumerated ground of mental disability.

[53] The Attorney General argues that the distinction identified — the lack of removal or exemption mechanisms — could be cured by removing those mechanisms for *all* individuals, so those found criminally responsible for sexual offences are treated the same as those found NCRMD.

[54] Such a proposal invites at least two other constitutional concerns.

[55] First, the s. 15(1) analysis is not merely concerned with formal distinctions apparent on the face of a law. Eliminating overt distinctions may not amount to eliminating all relevant distinctions. Thus, I cannot accept the premise on which the Attorney General’s argument appears to rest — that withholding exit ramps from all persons to whom *Christopher’s Law* applies would *necessarily* be

lois ou circonstances sont prises en compte dans l’analyse de l’égalité réelle. Ce sont là des leçons de base que l’on peut tirer de la jurisprudence de notre Cour (*Fraser*, par. 31-34, 41-47 et 69; *Andrews*, p. 173; *Eldridge*, par. 62 et 77-78). L’effet combiné de nombreuses lois est particulièrement important pour les personnes souffrant de troubles mentaux, car leur vie est souvent réglementée par ce que l’intervenante, l’Association canadienne pour la santé mentale, Ontario, appelle un [TRADUCTION] « ensemble complexe de lois et de règlements » (m.i., par. 7).

[52] En l’espèce, l’*impossibilité* pour les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre, d’être retirées du registre ou d’être dispensées de l’obligation de se présenter devant les autorités, alors que de telles possibilités sont offertes aux personnes déclarées coupables des mêmes infractions, est déterminante. Cette distinction est précisément imputable au régime de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux font clairement l’objet d’une différence de traitement fondée sur le motif énuméré de la déficience mentale.

[53] Le procureur général soutient qu’il est possible d’éliminer la distinction qui a été faite — soit l’absence de mécanismes de retrait ou de dispense — en supprimant complètement ces mécanismes pour *tous* les individus, pour que les personnes déclarées responsables criminellement soient traitées de la même manière que celles déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux.

[54] Une telle proposition soulève au moins deux autres questions constitutionnelles.

[55] En premier lieu, l’analyse fondée sur le par. 15(1) ne s’intéresse pas uniquement aux distinctions formelles qui ressortent du libellé d’une loi. Éliminer des distinctions évidentes ne permettra peut-être pas d’éliminer toutes les distinctions pertinentes. Je ne peux donc pas accepter la prémisse sur laquelle semble reposer l’argument du procureur général selon lequel l’élimination des voies de

consistent with s. 15(1). It does not follow inexorably from the fact that all who are subject to the sex offender registry would be treated the same on the face of the law that the law would not impose a heavier burden on persons found NCRMD.

[56] Second, eliminating all removal and exemption mechanisms would invite the concern that such a scheme could fail s. 7 scrutiny in respect of all registrants. Of course, the Court need not address this hypothetical situation: whether the existing regime as it applies to those found guilty is compatible with s. 7 of the *Charter* is beyond the scope of this appeal.

(3) Discrimination

[57] Step two of the s. 15(1) analysis asks whether the distinction drawn is a discriminatory one, that is, “whether it imposes burdens or denies benefits in a way that reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage” (*Centrale des syndicats*, at para. 30).

[58] The Attorney General argues that *Christopher’s Law* includes persons found NCRMD in the registry based on actuarial data about risk, and therefore does not stereotype them. Highlighting that pardons and record suspensions are inappropriate for persons found NCRMD, who have not been convicted of a crime, the Attorney General submits that Doherty J.A. erred in finding that a process of individualized assessment is constitutionally required by s. 15(1). The Attorney General argues that the comparatively modest impact of the registry on individuals should allow the government to proceed based on statistical generalizations.

sortie pour toutes les personnes qui sont assujetties à la *Loi Christopher* serait nécessairement conforme au par. 15(1). Le fait que toutes les personnes qui sont tenues de s’inscrire au registre des délinquants sexuels seraient traitées de la même façon au regard de la loi ne signifie pas inexorablement que la loi n’imposerait pas un fardeau plus lourd aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux.

[56] En deuxième lieu, l’élimination de tous les mécanismes de retrait et de dispense susciterait la crainte qu’une telle façon de faire échoue à l’examen fondé sur l’art. 7 relativement à tous les délinquants. Bien entendu, la Cour n’a pas à se pencher sur cette situation hypothétique, car la question de savoir si le régime qui s’applique actuellement aux personnes déclarées coupables est compatible avec l’art. 7 de la *Charte* déborde le cadre du présent pourvoi.

(3) Discrimination

[57] À la deuxième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), il s’agit de savoir si la distinction qui est créée est discriminatoire, c’est-à-dire « si elle impose un fardeau ou [. . .] nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage subi » (*Centrale des syndicats*, par. 30).

[58] Le procureur général soutient que la *Loi Christopher* oblige les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à s’inscrire au registre compte tenu des données actuarielles sur le risque qu’elles représentent et ne leur impose donc aucun stéréotype. Soulignant qu’il ne convient pas d’accorder un pardon ou une suspension du casier judiciaire aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, qui n’ont pas été déclarées coupables d’un crime, le procureur général fait valoir que le juge Doherty a conclu à tort que le par. 15(1) commande, sur le plan constitutionnel, un processus d’évaluation individuelle. Le procureur général soutient également que l’incidence relativement minime qu’a le registre sur les délinquants devrait permettre au gouvernement d’agir en s’appuyant sur des généralisations statistiques.

[59] G supports Doherty J.A.’s analysis. He submits that, by denying those found NCRMD access to exit ramps, *Christopher’s Law* effectively presumes that those found NCRMD have no prospect for rehabilitation and accordingly perpetuates disadvantage and negative stereotypes about persons with mental illness. Ontario has decided to subject persons found NCRMD of sexual offences to the registry, so G says it must consider the needs and circumstances of that group.

[60] I have no difficulty concluding that the denial of exit ramps to those found NCRMD and discharged is discriminatory.

[61] In our society, persons with disabilities regrettably “face recurring coercion, marginalization, and social exclusion” (R. Devlin and D. Pothier, “Introduction: Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship”, in D. Pothier and R. Devlin, eds., *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law* (2006), 1, at p. 1). As this Court has recognized, “[t]his historical disadvantage has to a great extent been shaped and perpetuated by the notion that disability is an abnormality or flaw” (*Eldridge*, at para. 56). In reality, persons with disabilities are not flawed, nor can they all be painted with the same brush. While they may share experiences of “[s]tigma, discrimination, and imputations of difference and inferiority” (D. Wasserman et al., “Disability: Definitions, Models, Experience” in E. N. Zalta et al., eds., *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2016) (online), at §3.2), diversity within those labelled disabled is not the exception but the rule (see, e.g., E. Barnes, *The Minority Body: A Theory of Disability* (2016), at p. 9). Section 15’s promise of respect for “the equal worth and human dignity of all persons” (*Eldridge*, at para. 54) requires that those with disabilities be considered and treated as worthy and afforded dignity in their plurality. And s. 15’s guarantee that discrimination not be

[59] G est d’accord avec l’analyse du juge Doherty. Il affirme que, en refusant des voies de sortie aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, la *Loi Christopher* présume effectivement que ces personnes n’ont aucune possibilité de réadaptation, et elle a donc pour effet de perpétuer le désavantage et les stéréotypes négatifs que subissent les personnes souffrant de troubles mentaux. Selon lui, puisque l’Ontario a décidé d’exiger que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’infractions sexuelles s’inscrivent au registre, elle doit prendre en compte les besoins et la situation de ce groupe.

[60] Je n’ai aucun mal à conclure que le refus d’accorder des voies de sortie aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération est discriminatoire.

[61] Dans notre société, les personnes handicapées [TRADUCTION] « font [malheureusement] l’objet de coercion récurrente, de marginalisation et d’exclusion sociale » (R. Devlin et D. Pothier, « Introduction : Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship », dans D. Pothier et R. Devlin, dir., *Critical Disability Theory : Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law* (2006), 1, p. 1). Comme notre Cour l’a reconnu, « [c]e désavantage historique a, dans une large mesure, été créé et perpétué par l’idée que la déficience est une anomalie ou un défaut » (*Eldridge*, par. 56). En réalité, les personnes handicapées ne sont pas anormales, et elles ne peuvent pas non plus être toutes considérées de la même façon. Bien que [TRADUCTION] « [l]a stigmatisation, la discrimination et les insinuations suivant lesquelles ces personnes sont différentes et inférieures » soient tous des phénomènes que peuvent avoir vécus les personnes handicapées (D. Wasserman et autres, « Disability : Definitions, Models, Experience » dans E. N. Zalta et autres, dir., *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2016) (en ligne), §3.2), la diversité parmi les personnes dites handicapées ne constitue pas l’exception, mais bien la règle (voir, p. ex., E. Barnes, *The Minority Body : A Theory of Disability* (2016), p. 9). L’article 15

given the force of law requires careful attention to the diverse impacts that government action will have on those with disabilities.

[62] The stereotyping, exclusion, and marginalization experienced by persons with disabilities is also visited on those with mental illnesses (P. Bracken and P. Thomas, *Postpsychiatry* (2005), at pp. 79-100). The prejudicial idea that those with mental illnesses are inherently and perpetually dangerous, along with other stigmatizing, prejudicial notions, has led to profound disadvantage for individuals living with mental illnesses (*Winko*, at paras. 35-37; *Swain*, at p. 994; P. W. Corrigan and A. C. Watson, “Understanding the impact of stigma on people with mental illness” (2002), 1 *World Psychiatry* 16). This disadvantage has deep historical roots (H. Stuart, J. Arboleda-Flórez and N. Sartorius, *Paradigms Lost: Fighting Stigma and the Lessons Learned* (2012), at pp. 103-11):

Mental illnesses are not like other illnesses, because they regularly cause people to lose their rights and freedoms in ways that are unimaginable in other health conditions

Historically, the care of the mentally ill has been deplorable. During the great confinement in the early part of the 1800s, hospital officials in Europe had the authority to round up and imprison people who were mentally ill (termed then madmen and idiots), along with beggars, vagabonds, criminals, the unemployed, and other undesirable. The characterization of the mentally ill as wild beasts justified their forcible confinement and social banishment. [Emphasis deleted; p. 103.]

exprime une promesse de respect envers « l'égalité et la dignité de tous les êtres humains » (*Eldridge*, par. 54) qui exige que les personnes handicapées soient considérées et traitées comme des personnes dignes et qu'elles aient droit à la dignité dans leur pluralité. De plus, la garantie de l'art. 15 — à savoir que la discrimination ne se voie accorder force de loi — exige qu'une attention particulière soit accordée aux diverses répercussions qu'auront les actes de l'État sur les personnes handicapées.

[62] Tout comme les personnes handicapées, les personnes souffrant de troubles mentaux font l'objet de stéréotypes, sont exclues et sont marginalisées (P. Bracken et P. Thomas, *Postpsychiatry* (2005), p. 79-100). L'idée préconçue selon laquelle les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger, de même que les autres stigmatisés et préjugés à leur égard, ont eu pour effet d'imposer un désavantage considérable à ces personnes (*Winko*, par. 35-37; *Swain*, p. 994; P. W. Corrigan et A. C. Watson, « Understanding the impact of stigma on people with mental illness » (2002), 1 *World Psychiatry* 16). Ce désavantage est d'ailleurs profondément enraciné dans l'histoire (H. Stuart, J. Arboleda-Flórez et N. Sartorius, *Paradigms Lost : Fighting Stigma and the Lessons Learned* (2012), p. 103-111) :

[TRADUCTION] Les troubles mentaux se distinguent des autres maladies, car les personnes souffrant de troubles mentaux perdent régulièrement les droits et les libertés qui leur sont conférés d'une manière qui serait inimaginable si elles souffraient d'un autre problème de santé [. . .]

Par le passé, les soins fournis aux personnes souffrant de troubles mentaux étaient déplorables. Pendant l'internement de masse du début des années 1800, les autorités hospitalières européennes avaient le pouvoir de rassembler et d'emprisonner les personnes qui souffraient de troubles mentaux (et que l'on qualifiait alors de fous et d'idiots) avec les mendiants, les vagabonds, les criminels, les personnes sans emploi et d'autres indésirables. Le fait que les personnes souffrant de troubles mentaux étaient qualifiées de bêtes sauvages justifiait qu'elles soient placées en internement forcé et exclues de la société. [Soulignement supprimé; p. 103.]

[63] Though the early 19th century’s most abhorrent treatment of those with mental illnesses has been left behind, stigmatizing attitudes persist in Canadian society to this day (H. Stuart et al., “Stigma in Canada: Results from a Rapid Response Survey” (2014), 59 *Can. J. Psychiatry* S27). As Stuart, Arboleda-Flórez, and Sartorius observe, “perceptions of violence and risk of violence are central to . . . support for coercive treatments, legislative solutions, and justifications for social inequities and injustices” (p. 108). While discriminatory attitudes and impacts against those with mental illnesses regrettably persist, they must not be given the force of law (*Andrews*, at p. 172).

[64] The Attorney General submits that the distinctions drawn by *Christopher’s Law* are not discriminatory because they are based on statistical generalizations and “empirical fact” and impose only “modest” impacts on registrants. I cannot agree. The relevant question is whether *Christopher’s Law* imposes burdens or denies benefits in a manner that reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage. There is no threshold requirement of severity.

[65] The distinctions drawn by *Christopher’s Law* reinforce and further the stigmatizing idea that those with mental illness are inherently and permanently dangerous and, in so doing, perpetuate the disadvantage they experience. As Doherty J.A. recognized, they “reflec[t] an assumption that persons who committed criminal acts while NCRMD do not change, but rather pose the same ongoing and indeterminate risk they posed at the time of the offence” (C.A. reasons, at para. 122).

[66] In addition to being stigmatized as dangerous, forced compliance with registry requirements, as the intervener the Empowerment Council notes,

[63] Même si les traitements les plus odieux dont les personnes atteintes de troubles mentaux ont fait l’objet au début du 19^e siècle sont chose du passé, certaines attitudes stigmatisantes subsistent encore à ce jour au sein de la société canadienne (H. Stuart et autres, « Stigma in Canada : Results from a Rapid Response Survey » (2014), 59 *Rev. can. psychiatrie* S27). Comme l’ont fait observer Stuart, Arboleda-Flórez et Sartorius, les [TRADUCTION] « perceptions [. . .] à l’égard de la violence et le risque de violence jouent un rôle primordial dans [le] soutien des traitements coercitifs, des solutions législatives et des justifications des inégalités et des injustices sociales » (p. 108). Bien que des attitudes et des effets discriminatoires subsistent malheureusement à l’égard des personnes souffrant de troubles mentaux, ils ne doivent pas avoir force de loi (*Andrews*, p. 172).

[64] Le procureur général soutient que les distinctions créées par la *Loi Christopher* ne sont pas discriminatoires parce qu’elles reposent sur des généralisations statistiques et des [TRADUCTION] « faits empiriques » et qu’elles ont seulement des répercussions « minimales » sur les délinquants. Je ne puis être d’accord. La question pertinente est de savoir si la *Loi Christopher* impose des fardeaux ou nie des avantages d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage. Il n’y a aucune condition préliminaire de sévérité.

[65] Les distinctions créées par la *Loi Christopher* renforcent et accentuent l’idée stigmatisante selon laquelle les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger et, ce faisant, ces distinctions perpétuent le désavantage que subissent ces personnes. Comme l’a reconnu le juge Doherty, ces distinctions [TRADUCTION] « laisse[nt] entendre que les personnes qui commettent des actes criminels alors qu’elles sont non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne changeront pas, mais continueront plutôt de présenter le même risque qu’elles possaient au moment de l’infraction, et ce, pendant une période indéterminée » (motifs de la C.A., par. 122).

[66] En plus de l’idée préconçue selon laquelle elles sont dangereuses, le fait d’exiger que les personnes déclarées non responsables criminellement

can also contribute to a “double stigma” for those found NCRMD, as a result of being considered both “mentally ill” and a “sexual offender” (*R. v. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215, at paras. 18, 43, 59 and 84; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at para. 31).

[67] The law thus imposes a burden on people found NCRMD in a manner that violates the norm of substantive equality in two respects: the law itself invokes prejudicial and stereotypical views about persons with mental illnesses, feeding harmful stigma; and the law puts those found NCRMD in a worse position than those found guilty. Both effects perpetuate the historical and enduring disadvantage experienced by persons with mental illnesses.

[68] For G, being denied access to exemption and removal mechanisms based on individualized assessment means that he will be registered as a sex offender for the rest of his life; he may be subject to random police checks and will have to report at least annually for the rest of his life; and his information will never be removed from the registry, even after death, no matter what he does. His NCRMD finding, absolute discharge, spotless compliance record, consistent employment, strong family relationships — none of that matters. By withholding exit ramps, *Christopher’s Law* signals that the law considers G a perpetual threat to the public. That the state will not take its eyes off G suggests that, in the opinion of the law, he will always be dangerous.

pour cause de troubles mentaux s’acquittent de leurs obligations relatives au registre peut, comme l’a fait remarquer l’intervenant Empowerment Council, contribuer à leur [TRADUCTION] « double stigmatisation » parce qu’elles sont considérées à la fois comme des « personne[s] atteinte[s] de troubles mentaux » et des « délinquant[s] sexuel[s] » (*R. c. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215, par. 18, 43, 59 et 84; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 31).

[67] La loi impose donc un fardeau aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’une manière qui transgresse la norme d’égalité réelle de deux façons : d’une part, la loi elle-même applique des préjugés et des stéréotypes envers les personnes souffrant de troubles mentaux, ce qui alimente la stigmatisation préjudiciable; d’autre part, la loi place les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux dans une situation pire que celle des personnes déclarées coupables. Ces deux effets perpétuent donc le désavantage historique que continuent de subir les personnes souffrant de troubles mentaux.

[68] Pour G, le fait qu’il n’a pas accès aux mécanismes de dispense et de retrait qui sont offerts aux délinquants à la suite d’une évaluation individuelle signifie qu’il sera un délinquant sexuel enregistré pour le reste de sa vie, qu’il peut faire l’objet de vérifications aléatoires des corps de police et qu’il devra se présenter devant les autorités au moins une fois par année pour le reste de sa vie, et que ses renseignements ne seront jamais retirés du registre, même après sa mort, peu importe ce qu’il fait. Son verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, sa libération inconditionnelle, le fait qu’il se soit toujours acquitté de ses obligations, qu’il ait un emploi stable et qu’il entretienne des liens solides avec les membres de sa famille n’ont aucune importance. En lui refusant des voies de sortie, la *Loi Christopher* indique que G est, aux yeux de la loi, une menace perpétuelle pour le public. Le fait que l’État continuera d’exercer une surveillance sur lui laisse entendre qu’il sera toujours dangereux du point de vue de la loi.

[69] The Attorney General’s argument that government’s intention not to stereotype is relevant to the s. 15(1) analysis betrays a profound misunderstanding of equality rights — which protect substantive equality. As this Court has repeatedly said, “a discriminatory purpose or intention is not a necessary condition of a s. 15(1) violation” (*Eldridge*, at para. 62; *Quebec v. A.*, at paras. 328-29 and 331-33). As Abella J. held in *Quebec v. A.*, if the impugned measure “widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society” or reinforces, perpetuates, or exacerbates historical disadvantage, then it is discriminatory (para. 332; *Quebec v. Alliance*, at para. 25). The question is not whether there is some legitimate basis upon which the distinction exists or “widens the gap” (see *Fraser*, at paras. 79-80 and 177). That is relevant only to the proportionality analysis under s. 1 of the *Charter*. The focus is on the law’s real impact on the claimant and the groups to which they belong (*Withler*, at para. 2).

[70] In sum, *Christopher’s Law* infringes s. 15(1) of the *Charter* by requiring those found NCRMD to comply with the sex offender registry without providing them with opportunities for exemption and removal based on individualized assessment. While the opportunities for exemption and removal that exist for those found guilty involve some kind of individualized assessment, I need not determine the nature or extent of the opportunities that must be provided for those found NCRMD. That is not a determination to be made in the abstract — subject to the requirements of the *Charter*, the legislature may choose from a range of policy options.

B. Is Christopher’s Law a Reasonable Limit on Equality Rights?

[71] The Attorney General must establish, on a balance of probabilities, that the infringement of

[69] L’argument du procureur général selon lequel l’intention du gouvernement de ne pas stéréotyper les gens est pertinente pour l’analyse fondée sur le par. 15(1) trahit une incompréhension profonde des droits à l’égalité — qui protègent l’égalité réelle. Comme notre Cour l’a dit à maintes reprises, « l’existence d’un but ou d’une intention discriminatoire [n’est] pas une condition nécessaire à l’existence d’une atteinte au par. 15(1) » (*Eldridge*, par. 62; *Québec c. A.*, par. 328-329 et 331-333). Ainsi que la juge Abella l’a expliqué dans l’arrêt *Québec c. A.*, si la mesure législative contestée a « pour effet d’élargir [...] l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société » ou si elle renforce, perpétue ou accentue le désavantage historique subi, elle est alors discriminatoire (par. 332; *Québec c. Alliance*, par. 25). La question n’est pas de savoir s’il y a un motif légitime pour lequel la distinction existe ou a « pour effet d’élargir [...] l’écart » (*Fraser*, par. 79-80 et 177). Cette question n’est pertinente que pour l’analyse de la proportionnalité au regard de l’article premier de la *Charte*. L’attention doit porter sur l’incidence réelle d’une mesure législative sur le demandeur et les groupes auxquels il appartient (*Withler*, par. 2).

[70] En somme, la *Loi Christopher* enfreint le par. 15(1) de la *Charte* en exigeant des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qu’elles s’inscrivent au registre des délinquants sexuels sans leur offrir la possibilité d’être dispensées des obligations qui leur incombent et d’être retirées du registre à la suite d’une évaluation individuelle. Bien que les mécanismes de dispense et de retrait actuellement offerts aux personnes déclarées coupables prévoient la réalisation d’une évaluation individuelle, je n’ai pas à déterminer la nature ou la portée des mécanismes qui doivent être mis à la disposition des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Cette décision ne peut être prise dans l’abstrait puisque, tant qu’il se conforme à la *Charte*, le législateur peut choisir parmi une gamme d’options stratégiques.

B. La Loi Christopher constitue-t-elle une limite raisonnable aux droits à l’égalité?

[71] Le procureur général doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la contravention au

s. 15(1) is justified under s. 1. First, there must be a pressing and substantial objective for the infringing measure. Second, the infringing measure must not disproportionately interfere with s. 15(1) rights in furtherance of that objective. The second part of the *Oakes* test has three parts. The state must demonstrate the infringement is rationally connected to the objective, the means chosen to further the objective interfere as little as reasonably possible with the s. 15(1) right, and the benefits of the infringing measure outweigh its negative effects (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-40; *Vriend*, at paras. 109-10; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 48, 53 and 76-78).

[72] The Attorney General's burden is not to establish that the legislative scheme as a whole is a reasonable limit on s. 15(1) that can be demonstrably justified in a free and democratic society, but to justify the *infringing measure itself*. As this Court has underscored, "it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20). The objective of the infringing measure is thus the proper focus of the analysis; however, it may be necessary to situate the infringing measure in the context of the broader legislative scheme to understand the limitation's function (*Vriend*, at para. 111).

[73] The parties agree that the purpose of *Christopher's Law* is to assist in the investigation and prevention of sexual offences. G concedes that that purpose is pressing and substantial and that the limits it places on *Charter* rights are rationally connected to that purpose. In effect, he acknowledges that requiring all persons found NCRMD to comply with *Christopher's Law* without any opportunity for exemption or removal based on individualized assessment is rationally connected to assisting in investigating and preventing sexual offences (C.A. reasons, at para. 141).

par. 15(1) est justifiée au regard de l'article premier. Premièrement, l'objectif que vise la mesure attentatoire doit être urgent et réel. Deuxièmement, dans la poursuite de cet objectif, la mesure attentatoire ne doit pas porter atteinte de manière disproportionnée aux droits que garantit le par. 15(1). La seconde partie du critère de l'arrêt *Oakes* comporte trois volets. L'État doit démontrer que l'atteinte a un lien rationnel avec l'objectif, que les moyens choisis pour réaliser l'objectif portent le moins possible atteinte aux droits que garantit le par. 15(1), et que les avantages de la mesure attentatoire l'emportent sur ses effets préjudiciables (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-140; *Vriend*, par. 109-110; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48, 53 et 76-78).

[72] Il n'incombe pas au procureur général d'établir que le régime législatif dans son ensemble constitue une limite raisonnable au par. 15(1) dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, mais plutôt de justifier la *mesure attentatoire elle-même*. Comme l'a souligné notre Cour, « c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). Il convient donc d'axer l'analyse sur l'objectif de la mesure attentatoire; cependant, il peut être nécessaire de situer la mesure attentatoire dans le contexte général du texte législatif pour comprendre le rôle que joue la limitation (*Vriend*, par. 111).

[73] Les parties conviennent que l'objectif de la *Loi Christopher* est de faciliter les enquêtes sur des infractions sexuelles et la prévention de ces infractions. G concède que cet objectif est urgent et réel, et que les limites que la *Loi* impose aux droits garantis par la *Charte* sont rationnellement liées à cet objectif. En effet, il reconnaît qu'obliger toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à se conformer à la *Loi Christopher* sans avoir la possibilité d'être dispensées de cette obligation ou d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle est rationnellement lié à l'objectif de la *Loi*, qui consiste à faciliter les enquêtes sur des infractions sexuelles et la prévention de ces infractions (motifs de la C.A., par. 141).

(1) Minimal Impairment

[74] I agree with the Court of Appeal that *Christopher's Law* is not minimally impairing of the s. 15(1) rights of those who were found NCRMD of a sexual offence and discharged. *Christopher's Law* itself includes mechanisms by which, after some form of individualized assessment of their circumstances, offenders who were not found NCRMD can be removed from the registry (free pardon), relieved of the obligation to report (free pardon and record suspension), or exempted from reporting in the first place (discharge under s. 730 of the *Criminal Code*). The inclusion of *any* method of exempting and removing those found NCRMD from the registry based on individualized assessment would be less impairing of their s. 15(1) rights and could actually increase the registry's effectiveness by narrowing its application to individuals who pose a greater risk to the community.

[75] I would reject the Attorney General's submission that risk assessments can never be certain, and therefore the object of the legislation can only be achieved by a mandatory and permanent registry for all those found NCRMD. First, the same could be said for all those found guilty of sexual offences: the individualized assessments that occur when an absolute discharge, a free pardon, or a record suspension is granted can equally never predict risk with certainty. Second, the minimal impairment requirement requires only that the objective be *substantially* achieved (*Hutterian Brethren*, at paras. 53-55). Individual assessment does not need to perfectly predict risk — certainty cannot be the standard. There was no evidence that providing persons found NCRMD with the opportunity to be exempted or removed from the registry based on an individualized assessment of their circumstances would significantly lessen the usefulness of the registry to law enforcement. Indeed, as Doherty J.A.

(1) Atteinte minimale

[74] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la *Loi Christopher* ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits garantis par le par. 15(1) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération. La *Loi Christopher* elle-même prévoit des mécanismes qui, après une évaluation individuelle de la situation des délinquants, permettent aux délinquants qui n'ont pas reçu de verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux d'être retirés du registre (pardon absolu), d'être dispensés de l'obligation de se présenter devant les autorités (pardon absolu et suspension du casier judiciaire), ou d'être dispensés au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités (absolution au sens du par. 730 du *Code criminel*). L'inclusion de *toute* méthode permettant aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'être dispensées des obligations qui leur incombent et d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle porterait moins atteinte aux droits que leur garantit le par. 15(1) et permettrait en fait d'améliorer l'efficacité du registre en restreignant son application aux personnes qui présentent un risque élevé pour la société.

[75] Je suis d'avis de rejeter l'argument du procureur général selon lequel les évaluations du risque ne peuvent jamais être certaines et que l'objectif de la *Loi* ne peut donc être réalisé qu'en imposant à toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux l'obligation de s'inscrire au registre et d'y être inscrites de façon permanente. Tout d'abord, on pourrait en dire autant de toutes les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles : les évaluations individuelles qui sont menées lorsqu'une absolution inconditionnelle, un pardon absolu ou une suspension du casier judiciaire est accordé ne peuvent également jamais être certaines. De plus, selon l'exigence de l'atteinte minimale, l'objectif doit être réalisé de façon *substantielle* (*Hutterian Brethren*, par. 53-55). Les évaluations individuelles n'ont pas besoin de prédire le risque avec une exactitude parfaite — la certitude ne saurait servir de norme. Rien ne prouve que le fait d'offrir aux personnes déclarées non responsables

noted, there is “no evidence that, while the objective of the legislation is consistent with exceptions and exemptions for persons found guilty, it is somehow undermined by comparable exceptions and exemptions for persons found NCRMD” (C.A. reasons, at para. 145).

[76] I accordingly conclude that the Attorney General has not met his burden under s. 1 to demonstrate that the infringing measure is not minimally impairing of the right and therefore has not justified the s. 15(1) infringement.

C. *Does Christopher’s Law Infringe the Right to Life, Liberty and Security of the Person?*

[77] Given that I have concluded that *Christopher’s Law* violates s. 15(1) in its application to persons found NCRMD and that G’s s. 7 claim does not extend beyond those persons, it is not necessary to address whether *Christopher’s Law* also violates s. 7. As I will explain, because the privacy and liberty interests of those found NCRMD are the very interests that are unequally burdened by *Christopher’s Law*, they inform the remedy for the breach of s. 15(1). It is therefore not necessary to determine whether there is also a breach of s. 7 in order to inform the appropriate remedy. Further, addressing some of the s. 7 arguments would have an impact on the broader issue of the nature of the registry’s effects on all registrants and whether the entire scheme complies with s. 7; such determinations are best left for another case.

criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité d’être dispensées des obligations qui leur incombent ou d’être retirées du registre à la suite d’une évaluation individuelle de leur situation réduirait considérablement l’utilité du registre pour les forces de l’ordre. En effet, comme l’a fait remarquer le juge Doherty, [TRADUCTION] « rien ne prouve que même si l’objectif de la loi est conforme aux exceptions et aux dispenses qui s’appliquent aux personnes déclarées coupables, il est en quelque sorte compromis par les exceptions et les dispenses comparables qui s’appliquent aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux » (motifs de la C.A., par. 145).

[76] Par conséquent, je conclus que le procureur général ne s’est pas acquitté du fardeau que lui impose l’article premier de démontrer que la mesure attentatoire ne porte pas atteinte de façon minimale au droit et qu’il n’a donc pas justifié la violation du par. 15(1).

C. *La Loi Christopher porte-t-elle atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne?*

[77] Comme j’ai conclu que la *Loi Christopher* viole le par. 15(1) du fait qu’elle s’applique aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et que la réclamation de G concernant l’art. 7 ne vaut que pour ces personnes, point n’est besoin d’examiner la question de savoir si la *Loi Christopher* viole également l’art. 7. Comme je vais l’expliquer, étant donné que les droits à la vie privée et à la liberté des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont précisément ceux qui sont touchés de façon inégale par la *Loi Christopher*, ils guident la réparation à accorder en cas de contravention au par. 15(1). Il n’est donc pas nécessaire de chercher à savoir s’il y a également violation de l’art. 7 pour déterminer la réparation appropriée. Qui plus est, l’analyse de certains des arguments concernant l’art. 7 aurait une incidence sur la question plus générale de la nature des effets qu’a le registre sur tous les délinquants inscrits et la question de savoir si le régime dans son ensemble est conforme à l’art. 7; il est préférable d’attendre une autre occasion pour trancher ces questions.

[78] Even so, these reasons should not be taken as agreeing with the Ontario Court of Appeal's approach to s. 7 in this case, or in *Dyck* and *Long*. Those approaches rest on the conclusion in those cases that the legislation's intrusion on liberty is "modest", a conclusion that has been challenged. I make no further comment on this point, given that a s. 7 challenge to the federal sex offender registry is currently before the courts (see *R. v. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, rev'g 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382).

D. *What Is the Appropriate Remedy?*

[79] The Court of Appeal issued a declaration that *Christopher's Law* is of no force or effect insofar as it applies to those found NCRMD of a sexual offence and granted an absolute discharge by a provincial review board. It suspended the effect of that declaration for a year but exempted G from the suspension, ordering that his information be immediately removed from the registry.

[80] The parties submit that the effect of any declaration that *Christopher's Law* is of no force or effect should be suspended, but disagree on whether G should be immediately exempted from that suspension. The Attorney General submits that individual exemptions from suspensions should not be granted except in extreme cases where, absent an exemption, the claimant will not benefit from the declaration. The intervener, the David Asper Centre for Constitutional Rights, submits that issuing the appropriate remedy in this appeal will require clarification of this Court's remedial jurisprudence by returning to the principles that underlie the remedies it has granted in the past.

[81] In recent years, academic commentators have urged that remedies for unconstitutional laws be determined in a more principled, coherent, and transparent way. In particular, our jurisprudence dealing

[78] Néanmoins, il ne faut pas tirer des présents motifs la conclusion que je suis d'accord avec la façon dont la Cour d'appel de l'Ontario a abordé l'art. 7 en l'espèce ou dans les arrêts *Dyck* et *Long*. L'approche adoptée par la Cour d'appel dans ces affaires repose sur la conclusion selon laquelle la *Loi* porte atteinte au droit à la liberté de façon [TRADUCTION] « minime », laquelle conclusion a été contestée. Je ne ferai aucune autre observation sur ce point, car le registre fédéral des délinquants sexuels fait actuellement l'objet d'une contestation fondée sur l'art. 7 devant les tribunaux (voir *R. c. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, inf. 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382).

D. *Quelle est la réparation appropriée?*

[79] La Cour d'appel a déclaré que la *Loi Christopher* est inopérante dans la mesure où elle s'applique aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle d'une commission d'examen provinciale. La Cour d'appel a suspendu pour un an l'effet de cette déclaration, mais elle a exempté G de cette suspension et ordonné que ses renseignements soient immédiatement retirés du registre.

[80] Les parties soutiennent que l'effet de toute déclaration d'inopérabilité de la *Loi Christopher* devrait être suspendu, mais elles ne s'entendent pas sur l'opportunité d'exempter immédiatement G de cette suspension. Le procureur général affirme que des exemptions individuelles d'une suspension ne devraient être accordées que dans des cas extrêmes où le demandeur ne pourra pas bénéficier des avantages de la déclaration s'il ne fait pas l'objet d'une exemption. L'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights fait valoir que pour accorder la réparation appropriée en l'espèce, il faudra clarifier la jurisprudence de notre Cour en matière de réparation en revenant aux principes qui sous-tendent les réparations qu'elle a octroyées dans le passé.

[81] Au cours des dernières années, des auteurs de doctrine ont demandé instamment qu'une méthode plus cohérente et transparente, davantage fondée sur des principes, soit utilisée pour déterminer les

with suspensions of declarations of invalidity, and the exemption of individuals from those suspensions, has been criticized for unduly compromising the protection of rights by failing to grant meaningful remedies (see, e.g., R. Leckey, “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *I CON* 584, at pp. 591-93), and for diminishing the quality of decision making by failing to transparently explain the basis for a suspension (see, e.g., G. R. Hoole, “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, at pp. 118 and 123). I would accept the Asper Centre’s invitation to articulate a principled approach to remedies for legislation that violates the *Charter*.

[82] As I shall explain, this Court’s leading decision on remedies for laws that violate the *Charter*, *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, has provided helpful guidance on how to craft a responsive and effective remedy for unconstitutional laws for nearly three decades. But, in some respects, this Court’s remedial jurisprudence has moved beyond *Schachter*. By employing and building on *Schachter*’s guidance in determining the form and breadth of declarations of invalidity, suspending the effect of those declarations, and exempting individuals from suspensions, this Court’s remedial practice has come to coalesce around a group of core remedial principles. Recognizing those remedial principles and explicitly identifying approaches that strike the right balance between them will encourage greater consistency and transparency in remedial decision making.

[83] As I will explain, I conclude that suspensions of declarations of invalidity should be rare, granted only when an identifiable public interest, grounded in the Constitution, is endangered by an immediate declaration to such an extent that it outweighs the harmful impacts of delaying the declaration’s effect.

réparations qu’il convient d’accorder lorsque des textes législatifs sont inconstitutionnels. Plus particulièrement, notre jurisprudence sur les suspensions de déclarations d’invalidité, et l’exemption de certains individus de ces suspensions, a été critiquée parce que notre Cour aurait compromis indûment la protection des droits en n’accordant pas des réparations valables (voir, p. ex., R. Leckey, « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *I CON* 584, p. 591-593), et aurait diminué la qualité du processus décisionnel en n’expliquant pas le motif de la suspension de façon transparente (voir, p. ex., G. R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, p. 118 et 123). J’accepte l’invitation du Asper Centre de définir une méthode fondée sur des principes pour l’octroi de réparations lorsque des textes législatifs violent la *Charte*.

[82] Comme je vais l’expliquer, l’arrêt de principe de notre Cour sur les réparations à accorder lorsque des lois violent la *Charte*, l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S 679, inspire depuis près de trois décennies l’approche que suivent les tribunaux pour concevoir une réparation adaptée et efficace lorsque des textes législatifs sont inconstitutionnels. Toutefois, à certains égards, la jurisprudence de notre Cour sur les réparations a dépassé l’arrêt *Schachter*. En s’inspirant de l’arrêt *Schachter* et en l’employant pour définir le type et la portée des déclarations d’invalidité, ainsi que pour suspendre l’effet de ces déclarations et exempter des personnes de ces suspensions, notre Cour a intégré un groupe de principes fondamentaux en matière de réparation dans la méthode qu’elle utilise pour accorder des réparations. La reconnaissance de ces principes et la définition explicite des méthodes servant à établir un juste équilibre entre ces principes favoriseront une plus grande cohérence et une plus grande transparence dans les décisions en matière de réparation.

[83] Pour les motifs que je vais exposer, je conclus que l’effet de déclarations d’invalidité devrait être suspendu en de rares cas, seulement lorsque le risque que représente une déclaration avec effet immédiat sur un intérêt public identifiable, fondé sur la Constitution, l’emporte sur les conséquences

And when declarations are suspended, granting individual exemptions pursuant to s. 24(1) of the *Charter* will often balance the interests of the litigant, the broader public, and the legislature in a manner that is “appropriate and just”.

(1) Principled Remedial Discretion

[84] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[85] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides in absolute terms that laws inconsistent with the Constitution are of no force or effect to the extent of the inconsistency. Although it states the legal result where there is conflict between a law and the Constitution, s. 52(1) does not explicitly provide courts with a grant of remedial jurisdiction.² A general declaration pursuant to courts’ statutory or inherent jurisdiction is the means by which they give full effect to the broad terms of s. 52(1).

[86] That a law is “of no force or effect” only “to the extent of the inconsistency” with the Constitution means that a court faced with a constitutional challenge to a law must determine to what extent it is unconstitutional and declare it to be so. Our jurisprudence teaches us that a measure of discretion is inevitable in determining how to respond to an inconsistency between legislation and the Constitution.

² Unlike, e.g., the Constitution of South Africa, s. 172(1)(a), which specifically mandates courts to “declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency”.

néfastes de la suspension de l’effet de cette déclaration. Qui plus est, lorsque l’effet de déclarations est suspendu, l’octroi d’exemptions individuelles conformément au par. 24(1) de la *Charte* permettra souvent de mettre en balance les intérêts du plaideur, du public en général et du législateur d’une manière qui est « convenable et juste ».

(1) Pouvoir discrétionnaire de réparation fondé sur des principes

[84] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est ainsi rédigé :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[85] Selon les termes absolus édictés au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Bien que le résultat juridique qui découle de l’incompatibilité entre des dispositions législatives et la Constitution soit énoncé au par. 52(1), cette disposition n’accorde pas explicitement aux tribunaux une compétence en matière de réparation². Les tribunaux ont plutôt le pouvoir de prononcer une déclaration générale conformément à la compétence légale ou inhérente dont ils sont investis pour donner aux termes généraux du par. 52(1) leur plein effet.

[86] Par « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit », on veut dire que le tribunal qui est appelé à statuer sur la contestation constitutionnelle d’une loi doit déterminer dans quelle mesure la loi contestée est inconstitutionnelle et la déclarer telle. Notre jurisprudence nous enseigne qu’un degré de discrétion est inévitable pour décider comment répondre à l’incompatibilité entre des dispositions législatives et la Constitution.

² Contrairement, p. ex., à l’al. 172(1)(a) de la Constitution de l’Afrique du Sud, qui prévoit expressément que la Cour doit [TRADUCTION] « déclarer invalide toute règle de droit ou conduite incompatible avec la Constitution ».

[87] There is a theory, consonant with the Blackstonian declaratory theory of the law, that “judges never make law, but merely discover it” (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 79). On this view, when a law is unconstitutional, courts and other decision-makers have no remedial discretion — s. 52(1) renders unconstitutional laws of no force or effect from the moment of their enactment (see, e.g., *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 28).

[88] However, while s. 52(1) is the substantive basis of constitutional invalidity, the public and the state will often disagree about whether a given law is unconstitutional and, if so, to what extent. Our legal order, grounded in related principles of constitutional supremacy and the rule of law, requires that there be an institution empowered to finally determine a law’s constitutionality; s. 52(1) confirms “[t]he existence of an impartial and authoritative judicial arbiter” to determine whether the law is of no force and effect (*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 89). Even in the absence of a formal declaration, s. 52(1) operates to prevent the application of unconstitutional laws. For example, because of the limits of its statutory jurisdiction, a tribunal or a provincial court’s determination that legislation is unconstitutional has no legal effect beyond the decision itself; nevertheless, it must refuse to give effect to legislation it considers unconstitutional (see, e.g., *Martin*, at para. 31; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15). Thus, the reach of a judicial determination of the unconstitutionality of a law will be limited in the absence of statutory or inherent jurisdiction to issue a general declaration of invalidity.

[89] As I will explain, while s. 52(1) recognizes the primacy of the Constitution, including the fundamental rights and freedoms of individuals and groups guaranteed by the *Charter*, fashioning constitutional

[87] Il existe d’ailleurs une théorie qui concorde avec la théorie déclaratoire du droit de Blackstone selon laquelle « les juges ne créent pas le droit mais ne font que le découvrir » (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 79). Selon cette conception, lorsqu’une loi est inconstitutionnelle, les tribunaux et les autres décideurs ne jouissent d’aucun pouvoir discrétionnaire de réparation — le par. 52(1) rend inconstitutionnelles les lois inopérantes dès leur adoption (voir, p. ex., *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 28).

[88] Toutefois, même si le par. 52(1) est le fondement réel du pouvoir que possèdent les tribunaux de prononcer une déclaration d’invalidité constitutionnelle, le public et l’État sont souvent en désaccord quant à la question de savoir si une loi particulière est inconstitutionnelle et, le cas échéant, dans quelle mesure. L’ordre juridique canadien, qui est fondé sur les principes connexes de la suprématie de la Constitution et la primauté du droit, exige qu’une institution ait le pouvoir de se prononcer de façon définitive sur la constitutionnalité d’une loi; le par. 52(1) confirme « l’existence d’un arbitre judiciaire impartial [...] dont les décisions font autorité » sur le caractère inopérant de la loi en cause (*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 89). Même à défaut de déclaration formelle, le par. 52(1) a pour effet d’empêcher l’application de lois inconstitutionnelles. Par exemple, en raison des limites que comporte la compétence légale conférée aux tribunaux, la décision d’un tribunal ou d’une cour provinciale selon laquelle une loi est inconstitutionnelle est sans effet juridique en dehors du cadre de cette décision; toutefois, le tribunal ou la cour provinciale doit refuser de donner effet à une loi qu’il ou elle considère inconstitutionnelle (voir, p. ex., *Martin*, par. 31; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15). Ainsi, la portée d’une décision judiciaire concernant l’inconstitutionnalité d’une loi sera limitée si le tribunal n’a pas la compétence inhérente ou légale nécessaire pour prononcer une déclaration générale d’invalidité.

[89] Comme je l’expliquerai, même si le par. 52(1) reconnaît la primauté de la Constitution, de même que les droits et libertés fondamentaux des individus et des groupes qui sont garantis par la *Charte*,

remedies inevitably implicates other — at times, competing — constitutional principles (K. Roach, “Principled Remedial Discretion Under the Charter” (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101, at pp. 112-13). Courts must strike an appropriate balance between these principles in determining how to give effect to s. 52(1) in a manner that best aligns with our broader constitutional order.

[90] Kent Roach argues, and the intervener the Asper Centre submits, that *Charter* remedies should be granted in accordance with “principled discretion”: a middle ground between “strong” or “pure” discretion, which would give judges free rein to fashion remedies as they see fit, and “rule-based” discretion, which would tightly constrain judges with hard-and-fast rules (Roach (2004), at pp. 102 and 107-13). I agree.

[91] Pure discretion has the benefit of being endlessly adaptable to any factual context, but has the clear downside of permitting results based on “the wills and whims of a person or a group of people” (Roach (2004), at p. 107, quoting P. Birks, “Three Kinds of Objections to Discretionary Remedialism” (2000), 20 *Uwa. L. Rev.* 1, at p. 15). It also fails to encourage transparent reasoning — if the decision-maker can do anything, there is less incentive to explain the basis for the decision. Rule-based discretion, by contrast, has the benefit of being applicable in different contexts in a predictable way. However, it does not encourage courts to engage with the purposes behind the rules and tends to lead to mechanical application of those rules, which can produce unfair results in individual cases (Roach (2004), at pp. 109-10 and 140).

[92] A review of this Court’s jurisprudence shows that it favours principled discretion, which requires judges to consider multiple, competing remedial

l’élaboration de mesures de réparation constitutionnelles commande inévitablement l’application d’autres principes constitutionnels qui sont parfois contradictoires (K. Roach, « Principled Remedial Discretion Under the Charter » (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101, p. 112-113). Les tribunaux doivent établir un juste équilibre entre ces principes lorsqu’ils sont appelés à déterminer comment donner effet au par. 52(1) d’une manière qui concorde le mieux avec l’ordre constitutionnel général du Canada.

[90] Kent Roach soutient, à l’instar de l’intervenant le Asper Centre, qu’il y a lieu d’exercer un [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes » lors de l’octroi de réparations sous le régime de la *Charte*, lequel pouvoir représente un juste milieu entre un pouvoir discrétionnaire « solide » ou « absolu », qui donnerait aux juges toute la latitude voulue pour élaborer des mesures de réparation comme ils l’entendent, et un pouvoir discrétionnaire « fondé sur des règles », qui restreindrait considérablement la latitude des juges en leur imposant des règles strictes (Roach (2004), p. 102 et 107-113). Je suis d’accord.

[91] Un pouvoir discrétionnaire absolu a pour avantage que les possibilités de l’adapter à tout contexte factuel sont infinies, mais il a clairement pour inconvénient d’ouvrir la porte à des décisions fondées sur [TRADUCTION] « les volontés et les caprices d’une personne ou d’un groupe de personnes » (Roach (2004), p. 107, citant P. Birks, « Three Kinds of Objections to Discretionary Remedialism » (2000), 20 *Uwa. L. Rev.* 1, p. 15). Qui plus est, ce type de pouvoir ne favorise pas un raisonnement transparent; en effet, si le décideur peut faire ce qu’il veut, il est alors moins enclin à expliquer le fondement de sa décision. À l’inverse, l’avantage du pouvoir discrétionnaire fondé sur des règles est qu’il peut être exercé dans différents contextes de manière prévisible. Cependant, ce pouvoir n’encourage pas les tribunaux à prendre en compte les objectifs des règles et tend à entraîner leur application mécanique, de sorte que des décisions injustes peuvent être rendues dans certains cas (Roach (2004), p. 109-110 et 140).

[92] Un examen de la jurisprudence de notre Cour révèle qu’elle favorise l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes, qui oblige

principles and resolve conflicts between them while justifying their prioritization of certain considerations over others.

[93] “Remedial principles”, in this sense, are more general than rules and, unlike rules, may conflict and be weighed differently (Roach (2004), at pp. 111-13, citing R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)). Articulating the core general principles that structure the exercise of principled remedial discretion will assist in promoting principled, transparent, and consistent approaches to s. 52(1) remedies.

[94] *Schachter* provided remedial principles of this kind, identifying twin principles of respect for the purposes of the *Charter* and respect for the legislature, and thereby guiding the discretion of Canadian courts for nearly three decades. But in the process of applying that approach, this Court has sometimes articulated additional relevant or analogous principles. As I will explain, when legislation violates the *Charter*, courts have been guided by the following fundamental remedial principles, grounded in the Constitution, in determining the appropriate remedy, applying them at every stage:

- A. *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies.
- B. The public has an interest in the constitutional compliance of legislation.
- C. The public is entitled to the benefit of legislation.
- D. Courts and legislatures play different institutional roles.

[95] Safeguarding rights lies at the core of granting *Charter* remedies because the *Charter* exists to protect rights, freedoms, and inherent dignity; this purpose inheres in the *Charter* as a whole (see *Vriend*, at para. 153; *Canadian Egg Marketing Agency v.*

les juges à prendre en compte de nombreux principes contradictoires en matière de réparation et à réconcilier ces principes tout en justifiant la priorité qu’ils accordent à certaines considérations par rapport à d’autres.

[93] En ce sens, les « principes en matière de réparation » sont plus généraux que les règles et, contrairement à celles-ci, ils peuvent entrer en conflit et être soupesés différemment (Roach (2004), p. 111-113, citant R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)). La formulation des principes généraux fondamentaux qui structurent l’exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation fondé sur des principes permettra de favoriser l’adoption de méthodes transparentes et uniformes fondées sur des principes pour ce qui est de l’octroi de réparations en application du par. 52(1).

[94] Des principes en matière de réparation de ce genre ont été énoncés dans l’arrêt *Schachter*, qui établit des principes jumeaux — soit celui du respect des objets de la *Charte* et celui du respect du législateur — qui, depuis près de trois décennies, guident les tribunaux canadiens dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Cependant, en appliquant la méthode établie dans cet arrêt, notre Cour a parfois formulé d’autres principes pertinents ou analogues. Comme je l’expliquerai, lorsque des textes législatifs violent la *Charte*, les tribunaux se sont inspirés des principes fondamentaux suivants en matière de réparation, qui sont fondés sur la Constitution, pour déterminer la réparation qu’il convient d’accorder et ils ont appliqué ces principes à toutes les étapes de leur analyse :

- A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l’octroi de réparations efficaces.
- B. Il est dans l’intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.
- D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents.

[95] La protection des droits est un aspect fondamental de l’octroi de réparations sous le régime de la *Charte*, car la *Charte* vise à protéger les droits, les libertés et la dignité inhérente des personnes; cet objectif est d’ailleurs présent dans l’ensemble de la *Charte* (voir

Richardson, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 57). The Court’s purposive approach to constitutional remedies ensures that the effective vindication and protection of rights is at the core of the remedies it grants for legislation that violates the *Charter* (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104).

[96] The rule of law is explicitly recognized in the preamble to the *Charter*, which says that “Canada is founded upon principles that recognize . . . the rule of law”. It is also implicitly recognized in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which says Canada has “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750). Two facets of the rule of law are foundational here: the government must act within the law and there must be positive laws to preserve order in society. This Court has recognized that adherence to the principle of the rule of law means that the impact of legislation, even unconstitutional legislation, extends beyond those whose rights are violated — it is bad for all of society for unconstitutional legislation to “remain on the books” (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 51; see also *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 (*SWUAV*), at para. 31). But the public interest cuts both ways — the public is also entitled to the benefit of legislation, which individuals rely upon to organize their lives and protect them from harm (*Manitoba Language Rights*, at pp. 748-49 and 757). Laws validly enacted by democratically elected legislatures “are generally passed for the common good” and there is accordingly a “public interest” in legislation that “weighs heavily in the balance” of remedial discretion (*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 135; see also *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764, at para. 9).

[97] Legislation is enacted by the legislature, which is sovereign in the sense that, within

Vriend, par. 153; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 57). La manière téléologique dont notre Cour aborde les réparations constitutionnelles permet de s’assurer que la défense et la protection efficaces des droits est au cœur des réparations qu’elle accorde lorsque des textes législatifs violent la *Charte* (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 104).

[96] La primauté du droit est explicitement reconnue dans le préambule de la *Charte*, lequel dispose que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [. . .] la primauté du droit ». Elle est aussi reconnue implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui précise que le Canada a « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750). La primauté du droit repose sur deux principes fondamentaux : les actes de l’État doivent être conformes à la loi et il doit exister des règles de droit positif pour préserver l’ordre dans la société. Notre Cour a reconnu qu’en raison du respect du principe de la primauté du droit, les effets des lois, même les lois inconstitutionnelles, s’étendent au-delà des personnes dont les droits sont violés — il est désavantageux pour l’ensemble de la société que des lois inconstitutionnelles « demeure[nt] en vigueur indéfiniment » (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 51; voir aussi *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 (*SWUAV*), par. 31). Or, l’intérêt public est une arme à double tranchant — le public a également droit au bénéfice de la loi, sur laquelle les individus s’appuient pour organiser leur vie et se protéger (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 748-749 et 757). Les lois valablement adoptées par des législatures démocratiquement élues « visent généralement le bien commun » et suscitent donc un « intérêt public » qui « joue un grand rôle » dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 135; voir également *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764, par. 9).

[97] Les lois sont adoptées par une législature, qui est souveraine en ce sens que, conformément à la

its constitutional ambit, it has “exclusive authority to enact, amend, and repeal any law as it sees fit” (*Reference re pan-Canadian securities regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 54 (emphasis in original); *Constitution Act, 1867*, ss. 91 to 95; *Constitution Act, 1982*, ss. 44 and 45). This fact serves as an important constraint on courts’ exercise of their remedial authority. Parliamentary sovereignty is an expression of democracy, because it accords exclusive legislative authority to Parliament and the provincial legislatures, each of which includes an elected chamber without whose consent no law can be made (*Constitution Act, 1867*, ss. 17, 40, 48, 55 and 91; *Charter*, ss. 3 and 4; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 62–65).

[98] Even so, the courts remain “guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it” (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169) — “[d]eference ends . . . where the constitutional rights that the courts are charged with protecting begin” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 36). This is because “[i]t is emphatically the province and duty of [the courts] to say what the law is” (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), at p. 177).

[99] These remedial principles — fundamental aspects of our constitutional order, including democracy and the rule of law — are reflected in the Court’s remedial decisions since the *Charter* came into force.

(2) *Schachter*

[100] In *Schachter*, this Court set out a general approach to granting remedies for legislation that violates the *Charter*. *Schachter* endorsed remedies tailored to the breadth of rights violations, thereby allowing constitutionally compliant aspects of unconstitutional legislation to be preserved. *Schachter* also recognized that, in rare circumstances, the effect of a declaration of invalidity could be suspended for a period of time to protect the public interest.

compétence constitutionnelle dont elle est investie, elle jouit du « pouvoir exclusif d’adopter, de modifier et d’abroger des lois comme elle l’entend » (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 54 (en italique dans l’original); *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 à 95; *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 44 et 45). Ce fait restreint l’exercice du pouvoir de réparation qu’ont les tribunaux. La souveraineté parlementaire est une expression de la démocratie, car elle confère un pouvoir législatif exclusif au Parlement et aux législatures provinciales, qui sont constitués d’une chambre élue qui doit donner son consentement pour qu’une loi soit adoptée (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 17, 40, 48, 55 et 91; *Charte*, art. 3 et 4; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 62–65).

[98] Néanmoins, les tribunaux demeurent les « gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers » (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169) — « la déférence s’arrête là où commencent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 36). Il en est ainsi parce qu’il [TRADUCTION] « appartient nettement [aux tribunaux] de préciser l’état du droit » (*Marbury c. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), p. 177).

[99] Ces principes en matière de réparation — des éléments fondamentaux de notre ordre constitutionnel ainsi que de la démocratie et de la primauté du droit — ont été pris en compte par notre Cour dans les décisions sur les réparations qu’elle a rendues depuis l’entrée en vigueur de la *Charte*.

(2) L’arrêt *Schachter*

[100] Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a énoncé une façon générale d’accorder des réparations lorsque des lois violent la *Charte*. Elle a également approuvé l’octroi de réparations qui sont adaptées à la portée des violations des droits, ce qui permet de conserver les dispositions conformes sur le plan constitutionnel de lois inconstitutionnelles. Dans cet arrêt, notre Cour a également reconnu qu’en de rares circonstances, l’effet d’une déclaration d’invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour protéger l’intérêt public.

[101] At the core of *Schachter* was its recognition that flexibility is necessary to arrive at appropriate remedies involving legislation, and its endorsement of remedies short of a full declaration of invalidity. Lamer C.J. made clear that “[d]epending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in” (p. 695).

[102] Different types of remedy can be granted because the circumstances may implicate general remedial principles in different ways. *Schachter* recognized the “twin guiding principles” of “respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter*” (p. 715) that play a key role in determining the type of remedy that would be ordered.

[103] *Schachter* held that the first step in choosing the appropriate remedy is defining the extent of the inconsistency between the legislation and the *Charter*. The second step is determining the form of the declaration. Beyond the extent of the inconsistency, *Schachter* said that the form of a remedy would be influenced by courts’ respect for the role of the legislature. The general rule is that tailored remedies should only be granted when a court can fairly conclude that the legislature would have enacted the law as it would be modified by the court (pp. 697 and 700).

[104] *Schachter* also endorsed the use of suspended declarations — declarations that legislation is unconstitutional, but whose *effect* is suspended for some period of time. Lamer C.J. reasoned that a delayed order could be justified based on the effect of an immediate declaration on the public and that, by contrast, the roles of courts and legislatures should *not* enter into the question of whether to suspend a declaration (p. 717).

[105] Finally, *Schachter* considered how s. 52(1) remedies could be combined with individual

[101] La reconnaissance du fait qu’un tribunal doit jouir d’une certaine latitude pour déterminer la réparation qu’il estime convenable conformément à la loi et l’approbation d’une réparation autre qu’une déclaration d’invalidité intégrale étaient au cœur de l’arrêt *Schachter*. Le juge en chef Lamer a clairement indiqué que « [s]elon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l’annuler et suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité ou il peut appliquer les techniques d’interprétation atténuée ou d’interprétation large » (p. 695).

[102] Différents types de réparations peuvent être accordées, car les circonstances peuvent faire intervenir de diverses façons les principes généraux en matière de réparation. Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a reconnu les « deux principes directeurs » du « respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* » (p. 715), qui jouent un rôle essentiel dans la détermination du type de réparation qui serait accordé.

[103] Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a statué que la première étape du choix de la réparation à accorder consiste à délimiter l’étendue de l’incompatibilité entre la loi et la *Charte*. La deuxième étape consiste à déterminer le type de déclaration. Notre Cour a également déclaré qu’en plus de l’étendue de l’incompatibilité, le type de réparation dépendra aussi du respect du rôle du législateur par les tribunaux. En règle générale, des réparations adaptées ne devraient être accordées que lorsqu’un tribunal peut équitablement conclure que le législateur aurait adopté les modifications que le tribunal apporterait à la loi (p. 697 et 700).

[104] Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a également ouvert la porte à des déclarations suspendues : des déclarations suivant lesquelles des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais dont l’*effet* est suspendu pendant un certain temps. Le juge en chef Lamer a précisé, d’une part, qu’un report peut être justifié compte tenu de l’effet immédiat de cette déclaration sur le public et, d’autre part, que la question de savoir s’il y a lieu de suspendre l’effet d’une déclaration *ne* devrait *pas* dépendre du rôle des tribunaux et des législateurs (p. 717).

[105] Enfin, dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour s’est demandé s’il y a lieu d’accorder des réparations

remedies for *Charter* violations. Lamer C.J. concluded that individual remedies under s. 24(1) of the *Charter* “will rarely be available in conjunction with” remedies involving legislation (p. 720).

[106] Much of *Schachter* remains good guidance three decades later. However, as I will explain, the jurisprudence on *Charter* remedies has built upon the foundation of *Schachter* and moved beyond it in some ways. While *Schachter* wisely advised courts to consider the principled basis for their remedial decisions, those remedial principles have since been further developed. In part, the guidelines *Schachter* endorsed for determining the extent of rights violations were tied to an articulation of the *Oakes* test that has since been overtaken. Aspects of its discussion of suspended declarations have been overlooked by courts and criticized in academic commentary for their failure to rely on coherent principles and encourage transparent application. Finally, its admonition against combining s. 52(1) and individual remedies has frequently not been followed.

[107] Since *Schachter*, this Court has granted at least 60 s. 52(1) remedies for *Charter* breaches. In my view, the guidelines given in *Schachter* should be clarified and updated in light of those decisions.

(3) The Form and Breadth of Section 52(1) Declarations

[108] As our jurisprudence demonstrates, and the language of s. 52(1) directs, the first step in crafting an appropriate s. 52(1) remedy in a given case is determining the extent of the legislation’s inconsistency with the Constitution. Courts should bear in mind both “the manner in which the law violates

prévues par le par. 52(1) en même temps qu’une mesure de réparation individuelle pour des violations de la *Charte*. Le juge en chef Lamer a conclu qu’« [i]l y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps » qu’une mesure de réparation qui concerne la loi (p. 720).

[106] Trois décennies plus tard, une grande partie de l’arrêt *Schachter* fournit toujours des balises valables aux tribunaux. Toutefois, comme je l’expliquerai, la jurisprudence sur les réparations accordées sous le régime de la *Charte* a pris appui sur les fondements établis dans l’arrêt *Schachter*, mais l’a dépassé à certains égards. Il est certes vrai que, dans cet arrêt, notre Cour recommandait judicieusement aux tribunaux de s’appuyer sur les principes lorsqu’ils rendent des décisions en matière de réparation, mais ces principes ont été peaufinés depuis. En effet, les lignes directrices entérinées dans l’arrêt *Schachter* pour ce qui est de déterminer l’étendue des violations des droits étaient liées à une formulation du critère de l’arrêt *Oakes* qui a depuis été remplacée. De plus, certains aspects de l’analyse de la Cour concernant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité n’ont pas été pris en compte par les tribunaux et ont été critiqués par des auteurs de doctrine parce qu’ils n’étaient pas fondés sur des principes cohérents et ne favorisaient pas une application transparente. Enfin, la mise en garde de la Cour contre l’octroi de réparations fondées sur le par. 52(1) en même temps que des réparations individuelles n’a souvent pas été suivie par les tribunaux.

[107] Depuis l’arrêt *Schachter*, notre Cour a accordé au moins 60 réparations fondées sur le par. 52(1) pour des violations de la *Charte*. À mon avis, les lignes directrices établies dans l’arrêt *Schachter* devraient être précisées et mises à jour compte tenu de ces décisions.

(3) Le type et la portée des déclarations prononcées en vertu du par. 52(1)

[108] Comme le démontre la jurisprudence de notre Cour, et comme le prescrit le libellé du par. 52(1), la première étape de l’élaboration de la réparation qu’il convient d’accorder dans un cas donné consiste à déterminer l’étendue de l’incompatibilité de la loi et de la Constitution. Lorsqu’ils conçoivent des réparations

the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1” (*Schachter*, at p. 702) in crafting tailored remedies. (While this general guideline remains useful, courts should bear in mind that the *Oakes* test has evolved since *Schachter* was decided, such that it now focuses on justifying the infringing measure rather than the law as a whole (compare *Schachter*, at pp. 703-5 and *RJR-MacDonald*, at para. 144).) The nature and extent of the underlying *Charter* violation lays the foundation for the remedial analysis because the breadth of the remedy ultimately granted will reflect at least the extent of the breach.

[109] Defining the extent of the constitutional defect by reference to the substantive violation of the *Charter* safeguards the rights of all those directly affected by ensuring that the law is cured of all its constitutional defects. It also serves the broader public interest in having government act in accordance with the Constitution. These remedies reach beyond the claimant — and can even be granted when the claimant is not directly affected by the law — because “[n]o one should be subjected to an unconstitutional law” (*Nur*, at para. 51; see also *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313). This step of the analysis therefore reflects the *Charter*’s rights-protecting purpose, the public’s interest in constitutional compliance, and the text of s. 52(1) — the law is of no force or effect to the *full* extent of its inconsistency with the Constitution.

[110] For example, in some cases where a criminal offence’s effects on particular groups of people or in certain circumstances have been found unconstitutional, *all* of those people and circumstances have been exempted from criminal liability (see, e.g., *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, as interpreted in *R. v. Barabash*, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, as interpreted in *R. v. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602). The same is true for mandatory

adaptées, les tribunaux devraient garder à l’esprit « de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l’article premier » (*Schachter*, p. 702). (Bien que cette ligne directrice générale demeure utile, les tribunaux devraient garder à l’esprit que le critère de l’arrêt *Oakes* a évolué depuis le prononcé de l’arrêt *Schachter* et qu’il met maintenant l’accent sur la justification de la mesure attentatoire plutôt que de la loi dans son ensemble (comparer l’arrêt *Schachter*, p. 703-705, à l’arrêt *RJR-MacDonald*, par. 144).) L’analyse de la réparation qu’il convient d’accorder repose sur la nature et l’étendue de la violation sous-jacente de la *Charte*, car la portée de la réparation qui est finalement accordée dépend notamment de l’étendue de la violation.

[109] Définir l’étendue de l’inconstitutionnalité en fonction de la violation substantielle de la *Charte* permet de protéger les droits de toutes les personnes directement touchées en veillant à ce que tous les vices constitutionnels qu’elle renferme soient supprimés. Cela sert également l’intérêt général du public de veiller à ce que les actes de l’État soient conformes à la Constitution. Ce type de réparation va au-delà du demandeur — et peut même être accordé lorsque le demandeur n’est pas directement touché par la loi — parce que « [n]ul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle » (*Nur*, par. 51; voir aussi *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 313). Cette étape de l’analyse tient donc compte de l’objectif de protection des droits que vise la *Charte*, de l’intérêt qu’a le public à ce que les lois soient conformes à la Constitution, et du libellé du par. 52(1) — la loi est inopérante dans la *pleine* mesure de son incompatibilité avec la Constitution.

[110] Par exemple, lorsque les effets d’une infraction criminelle sur certains groupes de personnes ou dans certaines situations sont jugés inconstitutionnels, *l’ensemble* de ces personnes, quelle que soit la situation, ont été dégagées de toute responsabilité criminelle (voir, p. ex., *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, tel qu’interprété dans *R. c. Barabash*, 2015 CSC 29, [2015] 2 R.C.S. 522; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, tel qu’interprété dans *R. c. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602). Il en va de même des dispositions qui

minimum penalties, which can be invalidated even when the applicant is not directly affected (see, e.g., *Nur; Lloyd*).

[111] On the other hand, it also follows from s. 52(1) that to the extent they are not inconsistent with the Constitution, the public is entitled to the benefit of laws passed by the legislature. Tailored remedies that address the precise constitutional flaw can permit a court to both safeguard the constitutional rights of all those affected and preserve the constitutional aspects of the law. Many of the Court's tailored remedies reflect both these principles. The criminal offences considered in *Carter, Sharpe, Smith*, and *Appulonappa*, for example, were declared of no force or effect *only* to the extent that they violated rights, preserving their constitutionally compliant effects.

[112] The second step is determining the form that a declaration should take. In doing so, *Schachter* explained that remedies other than full declarations of invalidity should be granted when the nature of the violation and the intention of the legislature allows for them. Full statutory schemes or Acts are rarely struck down in their entirety — to my knowledge, this Court has only done so on eight occasions.³ To ensure the public has the benefit of enacted legislation, remedies of reading down, reading in, and severance, tailored to the breadth of the violation, should be employed when possible so that the constitutional aspects of legislation are preserved (*Schachter*, at p. 700; *Vriend*, at paras. 149-50). Crucially, in Canada, the declaration issued cures the law's unconstitutionality. A declaration that fails to do so, like the kind suggested by my colleagues, Justice Côté and Justice Brown, at para. 248 of their reasons, is more

³ See *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 246, at para. 97; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 40; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 118; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 88; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 176-77; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at p. 1108; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 309-10; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 355-56.

prescrivent des peines minimales obligatoires, qui peuvent être invalidées même si le demandeur n'est pas directement touché (voir, p. ex., *Nur; Lloyd*).

[111] Par contre, il se dégage également du par. 52(1) que le public a droit au bénéfice des lois adoptées par le législateur dans la mesure où ces lois ne sont pas incompatibles avec la Constitution. En accordant des réparations adaptées pour corriger un vice constitutionnel en particulier, le tribunal peut préserver les droits constitutionnels de toutes les personnes touchées ainsi que les aspects constitutionnels de la loi en question. D'ailleurs, bon nombre des réparations adaptées qu'a accordées notre Cour tiennent compte de ces deux principes. Les dispositions relatives à des infractions criminelles qui ont été examinées dans les arrêts *Carter, Sharpe, Smith* et *Appulonappa*, par exemple, ont été déclarées inopérantes *uniquement* dans la mesure où elles violaient des droits, préservant ainsi leurs effets conformes sur le plan constitutionnel.

[112] Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a expliqué que lors du choix du type de déclaration, qui constitue la deuxième étape, des réparations autres que des déclarations d'invalidité intégrales devraient être accordées lorsque la nature de la violation et l'intention du législateur le justifient. Il est rare que des régimes législatifs exhaustifs ou des lois soient annulés dans leur totalité — à ma connaissance, notre Cour n'a procédé ainsi qu'à huit reprises³. Pour garantir au public le bénéfice des lois qui sont adoptées, l'interprétation atténuée, l'interprétation large et la dissociation, qui sont des réparations adaptées à l'étendue de la violation, devraient être utilisées dans la mesure du possible afin de préserver les aspects constitutionnels des lois (*Schachter*, p. 700; *Vriend*, par. 149-150). Fait essentiel, au Canada, la déclaration prononcée supprime les vices constitutionnels de la loi; la déclaration qui ne le fait pas, à l'instar

³ Voir *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 246, par. 97; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 40; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 118; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 88; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 176-177; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, p. 1108; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 309-310; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 355-356.

akin to the declaration of “inconsistency” or “incompatibility” made in jurisdictions where courts do not have the authority to strike down unconstitutional legislation (see, e.g., *Attorney-General v. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, s. 4(4) and (6)).

[113] Reading *down* is when a court limits the reach of legislation by declaring it to be of no force and effect to a precisely defined extent. Reading down is an appropriate remedy when “the offending portion of a statute can be defined in a limited manner” (*Schachter*, at p. 697). Inversely, reading *in* is when a court broadens the grasp of legislation by declaring an implied limitation on its scope to be without force or effect. Reading in is an appropriate remedy when the inconsistency with the Constitution can be defined as “what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes” (*Schachter*, at p. 698 (emphasis in original)). *Severance* is when a court declares certain words to be of no force or effect, thereby achieving the same effects as reading down or reading in, depending on whether the severed portion serves to limit or broaden the legislation’s reach. Severance is appropriate where the offending portion is set out explicitly in the words of the legislation. These forms of remedy illustrate a court’s flexibility in responding to a constitutional violation.

[114] However, if granted in the wrong circumstances, tailored remedies can intrude on the legislative sphere. *Schachter* cautioned that tailored remedies should only be granted where it can be fairly assumed that “the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part” and where it is possible to precisely define the unconstitutional aspect of the law (p. 697, citing *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518). If it appears unlikely that the legislature would have enacted the tailored version of the statute, tailoring the remedy would not conform to its policy choice

du type de déclaration qu’ont proposé mes collègues les juges Côté et Brown au par. 248 de leurs motifs, s’apparente davantage à la déclaration de « non-conformité » ou d’« incompatibilité » prononcée là où les tribunaux n’ont pas le pouvoir d’annuler une loi inconstitutionnelle (voir, p. ex., *Attorney-General c. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42, par. 4(4) et (6)).

[113] L’interprétation *atténuée* consiste pour un tribunal à limiter la portée d’une loi en la déclarant inopérante dans une mesure qu’il définit avec précision. L’interprétation atténuée est une réparation appropriée « [s]i la partie irrégulière d’une loi peut être isolée » (*Schachter*, p. 697). Inversement, l’interprétation *large* consiste pour un tribunal à étendre le champ d’application d’une loi en déclarant inopérante une limitation implicite de sa portée. L’interprétation large est une réparation appropriée lorsque l’incompatibilité avec la Constitution « découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu’elle inclut à tort » (*Schachter*, p. 698 (souligné dans l’original)). La *dissociation* consiste pour un tribunal à déclarer inopérants certains termes d’une loi. Cette technique a les mêmes effets que l’interprétation atténuée ou l’interprétation large dans la mesure où la partie retranchée sert à restreindre ou à élargir la portée de la loi. La dissociation est de mise lorsque la partie irrégulière de la loi est énoncée explicitement dans son libellé. Ces types de réparations démontrent la latitude dont dispose le tribunal lorsqu’il statue sur une violation constitutionnelle.

[114] Cependant, si les circonstances ne se prêtent pas à l’octroi de réparations adaptées, il se peut que les réparations empiètent sur la sphère législative. Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a précisé que des réparations adaptées ne devraient être accordées que s’il est très plausible de présumer que « le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » et qu’il est possible de définir avec précision la partie inconstitutionnelle de la loi (p. 697, citant *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518). S’il semble peu probable que le législateur aurait édicté la version adaptée de la loi, l’adaptation de la réparation ne serait pas

and would therefore undermine parliamentary sovereignty (*Schachter*, at pp. 705-6; *Hunter*, at p. 169). The significance of the remaining portion of the statute must be considered, and tailored remedies should not be granted when they would interfere with the legislative objective of the law as a whole (*Schachter*, at pp. 705-15). For example, in *Vriend*, Iacobucci J. read “sexual orientation” into the *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, because the term was sufficiently precise and because the legislature would rather have included that protection than sacrificed the entire scheme (paras. 155-60 and 167-69). In *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, McLachlin C.J. severed part of the tertiary ground for denying bail because the rest of the provision “is capable of standing alone without doing damage to Parliament’s intention” (para. 44). This Court has granted a remedy short of full invalidity of a statutory provision at least 24 times.⁴ Nonetheless, a tailored remedy will frequently not be appropriate. This Court has opted to fully invalidate a provision at least

conforme à son choix de politique et porterait donc atteinte à la souveraineté parlementaire (*Schachter*, p. 705-706; *Hunter*, p. 169). Le sens de la partie de la loi qui reste doit donc être examiné, et des réparations adaptées ne devraient pas être accordées lorsqu’elles risquent de nuire à l’objectif législatif de la loi dans son ensemble (*Schachter*, p. 705-715). Par exemple, dans l’arrêt *Vriend*, le juge Iacobucci a conclu que l’*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, devrait être interprétée comme si les mots « orientation sexuelle » y figuraient parce que ces mots sont assez précis et que le législateur aurait choisi d’intégrer cette catégorie protégée plutôt que de sacrifier l’ensemble du régime (par. 155-160 et 167-169). Dans l’arrêt *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, la juge en chef McLachlin a retranché une partie du troisième motif de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution parce que le reste de la disposition « demeure applicable en soi et ne compromet pas l’intention du législateur » (par. 44). Notre Cour a accordé une réparation autre qu’une déclaration d’invalidité intégrale d’une disposition législative au moins 24 fois⁴. Néanmoins,

⁴ See *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 83; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 96; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paras. 83-85; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at paras. 30-31; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 67-115; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paras. 126-27, 132 and 147; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 164; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 164; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 142; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at paras. 22, 44 and 45; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 70; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 1, 55 and 101; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 128-29; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paras. 105 and 159; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 23-24 and 114-18; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 148-79; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 276 and 294; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paras. 103-5; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at paras. 176-81; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at pp. 1011-16; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 243-45; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 741-43; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 101-6; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at pp. 933-34; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 88.

⁴ Voir *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 83; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 96; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 83-85; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 30-31; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 67-115; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 126-127, 132 et 147; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1102, par. 164; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 164; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 142; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 22, 44, et 45; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 70; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 1, 55 et 101; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 128-129; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 105 et 159; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 23-24 et 114-118; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 148-179; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 276 et 294; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, par. 103-105; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 176-181; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, p. 1011-1016; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 243-245; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 741-743; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 101-106; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 933-934; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 88.

55 times.⁵ These include the cases dealing with mandatory minimum penalties referenced above — the goal of a mandatory minimum sentence is to

une réparation adaptée ne sera souvent pas appropriée. Notre Cour a décidé d’invalider complètement une disposition dans au moins 55 affaires⁵, dont les

⁵ Note that some of the cases listed here are also listed at footnote 4, *supra*, since they contain both full invalidations of certain legislative provisions, as well as only partial invalidations of other provisions. See *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 73; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 83; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paras. 5, 23 and 58; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 103; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, at para. 4; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 74; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 56; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 119; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 67 and 115; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at paras. 154 and 158; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at paras. 81-89; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1102, at para. 164; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at paras. 100-103; *Quebec (Education Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paras. 89-91; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 142; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paras. 56 and 58; *Nova Scotia (Worker’s Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 118; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paras. 43 and 46; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 47-48; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paras. 32 and 34; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 70; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at paras. 79-80; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 136-45; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 131; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 86; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 292; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 803-4; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, at pp. 439-40; *Kourteissis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 89-90 and 117; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 778; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 725; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 104 and 164-65; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 207-8 and 255; *R. v. Sit*, [1991] 3 S.C.R. 124, at p. 130; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 630; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991]

⁵ Veuillez noter que certains des arrêts énumérés ci-dessous figurent aussi à la note en bas de page 4, *supra*, car la Cour y a invalidé intégralement certaines dispositions législatives et en a invalidé d’autres en partie seulement. Voir *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 73; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 83; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Québec (Procureur générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 5, 23 et 58; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 103; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, par. 4; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 74; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 56; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 119; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 67 et 115; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 154 et 158; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 81-89; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1102, par. 164; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 100-103; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 89-91; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 168; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 142; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 56 et 58; *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 118; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 46; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 47-48; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32 et 34; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 70; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79-80; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 136-145; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 131; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 86; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 292; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803-804; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, p. 439-440; *Kourteissis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 89-90 et 117; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 778; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 725; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 104 et 164-165; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 207-208 et 255; *R. c. Sit*, [1991] 3 R.C.S. 124, p. 130; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 630; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 38-47; *R. c. Swain*,

remove judicial discretion, so tailoring the declaration to reintroduce that discretion would distort the provision so that it no longer conformed to its legislative purpose (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paras. 50 and 53).

[115] Lamer C.J. was also conscious of the limitation of the judicial role, explaining in *Schachter* that tailored remedies should not be granted when they do not “flo[w] with sufficient precision from the requirements of the Constitution”, because although courts are capable of determining what the Constitution requires, they are not well-suited to making “*ad hoc* choices from a variety of options” (p. 707).

[116] In sum, consistent with the principle of constitutional supremacy embodied in s. 52(1) and the importance of safeguarding rights, courts must identify and remedy the full extent of the unconstitutionality by looking at the precise nature and scope of the *Charter* violation. To ensure the public retains the benefit of legislation enacted in accordance with our democratic system, remedies of reading down, reading in, and severance, tailored to the breadth of the violation, should be employed when possible so that the constitutional aspects of legislation are preserved (*Schachter*, at p. 700; *Vriend*, at paras. 149-50). To

affaires précitées portant sur des dispositions qui prescrivent des peines minimales obligatoires. En adoptant une disposition qui prescrit une peine minimale obligatoire, le législateur veut retirer aux juges leur pouvoir discrétionnaire en la matière. Ainsi, le fait d’adapter une déclaration de manière à rétablir ce pouvoir discrétionnaire dénaturerait la disposition en cause, qui ne serait alors plus conforme à son objectif législatif (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 50 et 53).

[115] Le juge en chef Lamer était également conscient de la limite du rôle judiciaire lorsqu’il a expliqué dans l’arrêt *Schachter* que des réparations adaptées ne devraient pas être accordées lorsqu’elles ne se « dégage[nt] pas avec suffisamment de précision des exigences de la Constitution », car même si les tribunaux sont en mesure de déterminer les exigences de la Constitution, ils ne sont pas aptes à faire « des choix particuliers entre diverses options » (p. 707).

[116] En somme, conformément au principe de la suprématie de la Constitution qui est incorporé dans le par. 52(1), et compte tenu de l’importance de protéger les droits, les tribunaux doivent définir toute l’étendue de l’inconstitutionnalité et corriger celle-ci en examinant la nature et la portée précises de la violation de la *Charte*. Pour garantir le droit du public au bénéfice des lois qui sont adoptées conformément à notre système démocratique, l’interprétation atténuée, l’interprétation large et la dissociation, qui sont des réparations adaptées à l’étendue de la violation, devraient être utilisées dans la mesure du possible afin de préserver les aspects

2 S.C.R. 22, at pp. 38-47; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1021; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at pp. 164-66, 226-27 and 251; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 702; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 251-53; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at pp. 394-96; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1351 and 1368; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 633-34; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 745; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 812; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033, at pp. 1045-46; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 80 and 184; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1081; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 142; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 521; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169.

[1991] 1 R.C.S. 933, p. 1021; *Comité pour la République du Canada c. Canada* [1991] 1 R.C.S. 139, p. 164-166, 226-227 et 251; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 702; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes de l’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 251-253; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 394-396; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1351 et 1368; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 633-634; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 745; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 812; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033, p. 1045-1046; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 80 et 184; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1081; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 142; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 521; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169.

respect the differing roles of courts and legislatures foundational to our constitutional architecture, determining whether to strike down legislation in its entirety or to instead grant a tailored remedy of reading in, reading down, or severance, depends on whether the legislature's intention was such that a court can fairly conclude it would have enacted the law as modified by the court. This requires the court to determine whether the law's overall purpose can be achieved without violating rights. If a tailored remedy can be granted without the court intruding on the role of the legislature, such a remedy will preserve a law's constitutionally compliant effects along with the benefit that law provides to the public. The rule of law is thus served both by ensuring that legislation complies with the Constitution and by securing the public benefits of laws where possible.

(4) Suspending the Effect of Section 52(1) Declarations

[117] There are times when an immediately effective declaration of invalidity would endanger an interest of such great importance that, on balance, the benefits of delaying the effect of that declaration outweigh the cost of preserving an unconstitutional law that violates *Charter* rights.

[118] In total, this Court has suspended declarations of invalidity in 23 out of approximately 90 decisions in which it declared legislation to be of no force or effect for violating the *Charter*.⁶ The

⁶ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007]

constitutionnels des lois (*Schachter*, p. 700; *Vriend*, par. 149-150). Pour respecter les rôles différents des tribunaux et des législateurs, un principe fondamental de notre architecture constitutionnelle, le choix d'annuler une loi dans sa totalité ou d'accorder une réparation adaptée en donnant à cette loi une interprétation large, une interprétation atténuée ou en retranchant une de ses dispositions dépend de la réponse à la question de savoir si l'intention du législateur était telle qu'une cour peut raisonnablement conclure qu'il aurait adopté la loi telle que l'a modifiée la cour. Pour ce faire, la cour doit déterminer si l'objet général de la loi peut être réalisé sans qu'il y ait violation des droits. Si une réparation adaptée peut être accordée sans que la cour empiète sur le rôle du législateur, une telle réparation permettra de préserver les effets conformes sur le plan constitutionnel d'une loi ainsi que le bénéfice que cette loi procure au public. La primauté du droit est donc respectée si l'on veille à la conformité des lois avec la Constitution et si l'on s'assure que le public bénéficie des lois dans la mesure du possible.

(4) Suspendre l'effet de déclarations prononcées en vertu du par. 52(1)

[117] Il arrive parfois qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat soit susceptible de porter atteinte à un intérêt qui revêt une importance si grande que, tout bien considéré, les avantages qu'il y a à suspendre l'effet de cette déclaration l'emportent sur les inconvénients du maintien d'une loi inconstitutionnelle qui viole des droits garantis par la *Charte*.

[118] En tout, notre Cour a suspendu l'effet de déclarations d'invalidité dans 23 des quelque 90 arrêts où elle a déclaré inopérantes des dispositions législatives parce qu'elles violaient la *Charte*⁶. Au

⁶ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Québec (Éducation, Loisirs et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Charkaoui c. Canada (Citoyenne et*

approach to suspensions has varied over the last 35 years. Suspensions were initially recognized to be available when necessary to protect against serious threats to the rule of law. Then, in *Schachter*, this Court took an approach to granting suspensions based on determining whether cases fit into one of a list of categories — threats to the rule of law, threats to public safety, or underinclusive benefits — based on the public interest in the law’s interim application. Since then, many cases have gone beyond the *Schachter* categories to grant suspensions for other reasons, including concerns related to the roles and capacities of courts and legislatures. The 12 declarations of invalidity for *Charter* violations after *Schachter* between 1992 and 1997 — from *Zundel* to *Benner* — took immediate effect. By contrast, between 2003 and 2015 — from *Trociuk* to *Carter* — 13 out of 17 s. 52(1) declarations were suspended. Those more recent cases have been criticized for suspending declarations too frequently and without sufficient explanation. This case gives the Court an opportunity to recalibrate the remedial principles that guide the judicial discretion to delay the effect of a declaration of invalidity.

cours des 35 dernières années, la méthode utilisée pour suspendre des déclarations d’invalidité a varié. La possibilité de procéder à une suspension a initialement été reconnue lorsqu’une telle réparation était nécessaire pour se prémunir contre de graves menaces à la primauté du droit. Ensuite, dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a statué que pour déterminer s’il faut suspendre l’effet de déclarations, il faut se demander si la loi en cause s’inscrit dans une liste de catégories — la primauté du droit est menacée, il existe un danger pour le public ou la loi comporte des avantages limitatifs — en tenant compte de l’intérêt qu’a le public à ce que la loi soit appliquée de façon temporaire. Depuis cet arrêt, d’autres catégories que celles énumérées dans l’arrêt *Schachter* ont été prises en compte pour suspendre l’effet de déclarations pour d’autres motifs, dont l’existence de préoccupations quant aux rôles et à la compétence des tribunaux et des législateurs. Les 12 déclarations d’invalidité qui ont été prononcées après l’arrêt *Schachter* entre 1992 et 1997 par suite de violations de la *Charte* — de l’arrêt *Zundel* à l’arrêt *Benner* — ont pris effet immédiatement. Par contre, entre 2003 et 2015 — de l’arrêt *Trociuk* à l’arrêt *Carter* — l’effet de 13 déclarations sur 17 qui avaient été prononcées en vertu du par. 52(1) a été suspendu. La suspension de l’effet de déclarations dans ces arrêts plus récents a été critiquée parce que cette réparation a été utilisée trop souvent sans qu’une explication suffisante soit fournie. Dans la présente affaire, la Cour a l’occasion de réorienter les principes en matière de réparation qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire qu’ont les tribunaux de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité.

1 S.C.R. 350; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Nova Scotia (Worker’s Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *U.F.C.W., Local 1518 v. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Nouvelle-Écosse (Worker’s Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

[119] Suspensions of declarations of invalidity have attracted significant concern even as they have come to be used in jurisdictions around the world, including Canada, Germany, South Africa, Hong Kong, and Indonesia (see, e.g., Leckey; S. Jhaveri, “Sunsetting suspension orders in Hong Kong”, in P. J. Yap, ed., *Constitutional Remedies in Asia* (2019), 49). While most accept that there will be some circumstances when the immediate enforcement of rights must give way to other constitutional concerns, opinions vary on the appropriate underlying principles and the right balance between them. Some argue suspensions should only be granted in “extreme cases” in order to prevent “legal chaos” (B. Bird, “The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity” (2019), 42 *Man. L.J.* 23, at pp. 39 and 46). Others suggest that suspensions can be granted to “remand complex issues to legislative institutions” (S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at p. 232), giving them the first opportunity to respond to a finding of unconstitutionality. Still others endorse an approach based on proportionality, which would import considerations from the *Oakes* test to require the government to demonstrate that a suspension is justified (Hoole, at pp. 136-47; B. Ryder, “Suspending the Charter” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267, at pp. 282-83). But all commentators recognize some discretion to grant suspensions in Canada.

[120] While s. 52(1) does not explicitly provide the authority to suspend a declaration,⁷ in adjudicating constitutional issues, courts “may have regard to

⁷ Unlike, e.g., the Constitution of South Africa, s. 172(1)(b)(ii), which grants a court the power to “make any order that is just and equitable, including . . . an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect”.

[119] La suspension de l’effet de déclarations d’invalidité a suscité de grandes préoccupations même si elle en est venue à être utilisée un peu partout dans le monde, notamment au Canada, en Allemagne, en Afrique du Sud, à Hong Kong et en Indonésie (voir, p. ex., Leckey; S. Jhaveri, « Sunsetting suspension orders in Hong Kong » dans P. J. Yap, dir., *Constitutional Remedies in Asia* (2019), 49). Bien que la plupart des auteurs reconnaissent que la mise en œuvre immédiate des droits doit céder le pas à d’autres préoccupations constitutionnelles dans certaines circonstances, les opinions varient en ce qui a trait aux principes sous-jacents applicables et au juste équilibre qui doit être établi entre ces principes. D’aucuns soutiennent que l’effet d’une déclaration d’invalidité ne devrait être suspendu que dans les [TRADUCTION] « cas extrêmes » afin d’éviter le « chaos juridique » (B. Bird, « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity » (2019), 42 *Man. L.J.* 23, p. 39 et 46). D’autres suggèrent que l’effet de déclarations d’invalidité peut être suspendu pour [TRADUCTION] « renvoyer des questions complexes à des institutions législatives » (S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 232), ce qui leur donne l’occasion d’être les premières à répondre à un constat d’inconstitutionnalité. D’autres encore souscrivent à une méthode fondée sur la proportionnalité qui comporterait des facteurs tirés du critère de l’arrêt *Oakes* afin d’obliger le gouvernement à démontrer qu’une suspension est justifiée (Hoole, p. 136-147; B. Ryder, « Suspending the Charter » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267, p. 282-283). Cependant, tous les auteurs reconnaissent un certain pouvoir discrétionnaire de suspendre l’effet de déclarations d’invalidité au Canada.

[120] Même si le par. 52(1) ne confère pas explicitement le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration⁷, dans les décisions constitutionnelles,

⁷ Contrairement, p. ex., à l’al. 172(1)(b) de la Constitution de l’Afrique du Sud qui accorde à la cour le pouvoir de [TRADUCTION] « rendre toute ordonnance qu’elle estime juste et équitable, dont [. . .] (ii) une ordonnance suspendant l’effet de la déclaration d’invalidité pour une période déterminée et, sous réserve des conditions que celle-ci fixe, autorisant les autorités compétentes à suspendre le vice ».

unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada” (*Manitoba Language Rights*, at p. 752; see also *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 52).

[121] The power to suspend the effect of a declaration of invalidity should be understood to arise from accommodation of broader constitutional considerations and is included in the power to declare legislation invalid (see *Koo Sze Yiu v. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455, at para. 35). This is only one way in which giving immediate and retroactive effect to the fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Charter* must, at times, yield to other imperatives. This reflects the “clear distinction between declaring an Act unconstitutional and determining the practical and legal effects that flow from that determination” (*Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1195). As examples, even when a declaration of invalidity is made, other legal doctrines, including the *de facto* doctrine, *res judicata*, and the law of limitations, may restrict its retrospective reach (*Hislop*, at para. 101).

[122] The idea that the effect of a declaration could be suspended originally aimed to protect against a potential emergency. In 1985, in *Manitoba Language Rights*, nearly all of Manitoba’s legislation was declared unconstitutional for being enacted in English alone. The Court issued a temporary declaration that the laws were valid in order to give the legislature the chance to re-enact them. The Court grounded this move in the constitutional principle of the rule of law, explicitly recognized in the preambles to the *Constitution Act, 1867*, and the *Charter*, and implicit in the “very nature of a Constitution” (*Manitoba Language Rights*, at p. 750). The rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws to govern society; a legal vacuum, along with the inevitable legal chaos, would have violated that principle (p. 753). The period of temporary validity ran from the date of judgment “to the

les tribunaux « peu[ven]t tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 752; voir aussi *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52).

[121] Le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être perçu comme découlant de la prise en compte de considérations constitutionnelles générales et ce pouvoir est compris dans celui de déclarer une loi invalide (voir *Koo Sze Yiu c. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455, par. 35). Il ne s’agit là que d’un exemple parmi d’autres de cas où le fait de donner immédiatement et rétroactivement effet aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* doit, parfois, céder le pas à d’autres impératifs. Cela reflète la « différence manifeste entre le fait de déclarer une loi inconstitutionnelle et la détermination des conséquences d’ordre pratique et juridique qui découlent de cette déclaration » (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1195). Par exemple, même dans les cas où une déclaration d’invalidité est prononcée, d’autres doctrines juridiques, telles que le principe de la validité *de facto*, l’autorité de la chose jugée ou les règles de prescription, peuvent restreindre la portée rétrospective de la déclaration (*Hislop*, par. 101).

[122] À l’origine, l’idée que l’effet d’une déclaration pouvait être suspendu avait pour but de se protéger contre une situation d’urgence potentielle. En 1985, dans l’arrêt *Droits linguistiques au Manitoba*, presque toutes les lois du Manitoba ont été déclarées inconstitutionnelles parce qu’elles avaient été adoptées en anglais seulement. La Cour a alors déclaré temporairement valides ces lois afin de permettre au législateur de les adopter de nouveau. Pour en arriver à cette décision, la Cour s’est appuyée sur le principe constitutionnel de la primauté du droit, qui est explicitement reconnu dans les préambules de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* et qui est implicite de par la « nature même d’une constitution » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 750). La primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif régissant la société; la création d’un vide juridique, de même que le chaos

expiry of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing” (p. 767).

[123] The Court suspended the effect of a declaration of invalidity for the first time in a *Charter* case in *Swain*, in which automatic detention for those acquitted on what was then called the ground of “insanity” was found unconstitutional. Lamer C.J. suspended the declaration due to a concern that if the provision was immediately struck down, judges would have to free “those who may well be a danger to the public” (p. 1021).

[124] In *Schachter*, Lamer C.J. recognized three categories of cases in which suspensions could be granted: threats to the rule of law, threats to public safety, and underinclusive legislation (pp. 715-16). The first category flows directly from *Manitoba Language Rights*; the second corresponds with *Swain*; and the third category represents the circumstances of *Schachter* itself, in which immediate invalidity of the law would have deprived those entitled to financial benefits under the law without providing any remedy for those directly excluded from the benefits in question. All three categories reflect constitutionally grounded considerations, including recognizing the public’s interest in legislation passed for its benefit. Suspending the effect of a declaration is one tool that allows courts to preserve the rights and entitlements that existing schemes extend to the public.

[125] *Schachter*’s categorical approach has resulted in uncertainty about when suspensions will be granted. Some decisions have gone beyond the *Schachter* categories. For example, a suspension was endorsed where it promoted a co-operative solution

en la matière qui s’ensuivrait inévitablement seraient contraires à ce principe (p. 753). La période de validité temporaire a commencé à courir à compter de la date du jugement et a pris fin « à l’expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier » (p. 767).

[123] La Cour a suspendu l’effet d’une déclaration d’invalidité pour la première fois dans une affaire portant sur la *Charte* dans l’arrêt *Swain*, où elle a déclaré inconstitutionnelle la détention automatique d’une personne acquittée pour cause de ce qu’on appelait à l’époque l’« aliénation mentale ». Le juge en chef Lamer a suspendu l’effet de la déclaration de crainte que les juges soient obligés de libérer les personnes acquittées « qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public » (p. 1021) si la disposition législative était immédiatement invalidée.

[124] Dans l’arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a reconnu l’existence de trois catégories de cas où l’effet d’une déclaration d’invalidité peut être suspendu : lorsque la primauté du droit est menacée, lorsque la sécurité du public est en danger, et lorsque la loi est limitative (p. 715-716). La première catégorie découle directement de l’arrêt *Droits linguistiques au Manitoba*, alors que la deuxième catégorie correspond à celle établie dans l’arrêt *Swain*, et la troisième catégorie représente les circonstances de l’arrêt *Schachter* lui-même, dans lequel l’invalidation immédiate de la disposition législative aurait privé des personnes admissibles des avantages financiers auxquels elles avaient droit en vertu de la loi, sans offrir de réparation aux personnes directement privées des avantages en question. Les trois catégories tiennent toutes compte de considérations fondées sur la Constitution, y compris la reconnaissance de l’intérêt qu’a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice. La suspension de l’effet d’une déclaration constitue donc pour les tribunaux un moyen de préserver les droits et privilèges que les régimes existants confèrent au public.

[125] L’approche fondée sur des catégories qui a été adoptée dans l’arrêt *Schachter* a causé de l’incertitude en ce qui concerne le moment où l’effet d’une déclaration d’invalidité sera suspendu. Dans certains arrêts, d’autres catégories que celles établies dans

in the Aboriginal rights context (*R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at para. 51) and granted where it was analogous to a *Schachter* category (*Trociuk*, at para. 43). In other cases, failing to fit into a *Schachter* category has been given as an explanation for declining to grant a suspension (*Boudreault*, at para. 98; *Hislop*, at para. 121). At times, the Court has provided *no* explanation for suspending the effect of its declaration (*Mounted Police Association*, at para. 158; *Saskatchewan Federation of Labour*, at para. 103). Academic commentators have noted the lack of transparent reasoning in some of this Court's decisions to grant suspensions (Roach (2004); Hoole, at pp. 118-23).

[126] A principled approach makes it possible to reconcile these cases on suspended declarations, and encourage consistency and transparency. As I will explain, the government bears the onus of demonstrating that a compelling public interest, like those included in *Schachter*, supports a suspension. These compelling interests cannot be reduced to a closed list of categories, but will be related to a remedial principle grounded in the Constitution — typically, the principle that the public is entitled to the benefit of legislation or that courts and legislatures play different institutional roles. The categorical approach in *Schachter* has been overtaken by the underlying remedial principles that animated those categories. This is not surprising, given that *Schachter* had a limited number of cases to draw from in establishing its categorical approach.

[127] As well, the relevance of some of the underlying principles has evolved in our jurisprudence. Lamer C.J. specifically noted in *Schachter* that “whether to delay the application of a declaration of

Schachter ont été énoncées. Par exemple, la suspension de l'effet d'une déclaration a été approuvée lorsque cette réparation favorisait la recherche de solutions communes dans le contexte des droits ancestraux (*R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 51), et cette réparation a été accordée lorsqu'elle s'inscrivait dans une catégorie analogue à l'une de celles établies dans l'arrêt *Schachter* (*Trociuk*, par. 43). Dans d'autres arrêts, le fait qu'un cas ne s'inscrivait pas dans l'une des catégories établies dans l'arrêt *Schachter* a été invoqué pour expliquer le refus de suspendre l'effet d'une déclaration (*Boudreault*, par. 98; *Hislop*, par. 121). Parfois, la Cour n'a fourni aucune explication pour justifier la suspension de l'effet de sa déclaration (*Association de la police montée*, par. 158; *Saskatchewan Federation of Labour*, par. 103). Certains auteurs de doctrine ont également souligné l'absence de raisonnement transparent dans certains des arrêts de notre Cour où l'effet d'une déclaration d'invalidité a été suspendu (Roach (2004); Hoole, p. 118-123).

[126] Une méthode fondée sur des principes permet de concilier ces précédents sur la suspension de l'effet d'une déclaration en plus de favoriser l'uniformité et la transparence. Comme je vais l'expliquer, il incombe au gouvernement de démontrer qu'un intérêt public impérieux, semblable à ceux que vise l'arrêt *Shachter*, justifie de prononcer la suspension. Ces intérêts impérieux ne peuvent se limiter à une liste exhaustive de catégories, mais doivent être liés à un principe de réparation fondé sur la Constitution — habituellement le principe selon lequel le public a droit au bénéfice de la loi ou suivant lequel les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents. L'approche fondée sur des catégories qui a été adoptée dans l'arrêt *Schachter* a été remplacée par les principes sous-jacents en matière de réparation sur lesquels reposaient les catégories établies, ce qui n'est pas surprenant, puisque, dans l'arrêt *Schachter*, la Cour s'est appuyée sur un petit nombre d'affaires pour établir son approche fondée sur les catégories.

[127] En outre, la pertinence de certains des principes sous-jacents a évolué dans notre jurisprudence. Le juge en chef Lamer a expressément souligné dans l'arrêt *Schachter* que « [l]a question de savoir s'il y

[invalidity] should . . . turn not on considerations of the role of the courts and the legislature, but rather on considerations . . . relating to the effect of an immediate declaration on the public” (p. 717 (emphasis added)).

[128] Nonetheless, since the late 1990s, the general principle that courts and legislatures have different roles and competencies has informed how the Court exercises its jurisdiction to suspend the effect of its declarations for a period of time. No fewer than 10 decisions of this Court have relied on the differing capacities and roles of legislatures and courts when suspending declarations’ effects.⁸ Roach has argued that the *dicta* in *Schachter* quoted in the previous paragraph should be rejected or qualified in light of these decisions, and institutional roles should be explicitly recognized as a legitimate rationale for granting suspensions (Roach (2004), at p. 144). On the most expansive version of that view, suspensions allow the legislature to determine the remedy for its own breach of the Constitution, thereby “eliminat[ing] or dilut[ing] the counter-majoritarian objection to judicial review [of statutes]” (Choudhry and Roach, at p. 227). In my view, this presupposes an unduly narrow view of the role of courts. Respecting the legislature cannot come at the expense of the functions the Constitution assigns to the judiciary: giving effect to constitutional rights and making determinations of law.

⁸ *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 118-19; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 147; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 140; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 46; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 102; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 41; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 66.

lieu de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs, mais plutôt de considérations [. . .] sur l’effet d’une déclaration d’invalidité sur le public » (p. 717 (je souligne)).

[128] Néanmoins, depuis la fin des années 1990, le principe général selon lequel les tribunaux et les législateurs ont des rôles et des compétences différents a guidé la manière dont la Cour exerce sa compétence pour suspendre l’effet de ses déclarations pendant une période donnée. Dans pas moins de 10 arrêts, notre Cour s’est appuyée sur les différents rôles et attributions des législateurs et des tribunaux pour suspendre les effets de déclarations⁸. Le professeur Roach a soutenu que les remarques incidentes de l’arrêt *Schachter* citées dans le paragraphe précédent devraient être rejetées ou nuancées compte tenu de ces jugements, et que les rôles institutionnels devraient être explicitement reconnus comme un motif légitime pour suspendre la prise d’effet de déclarations (Roach (2004), p. 144). Selon l’acception la plus large de cette conception, les suspensions permettent aux législateurs de décider de la réparation qu’il convient d’accorder pour corriger leur propre violation de la Constitution, [TRADUCTION] « élimin[ant] ou atténu[ant] [ainsi] l’objection contre-majoritaire au contrôle judiciaire [des lois] » (Choudhry et Roach, p. 227). À mon avis, cette acception suppose une interprétation trop étroite du rôle des tribunaux. Le respect du rôle du législateur ne peut pas se faire au détriment des fonctions que la Constitution attribue aux tribunaux, soit celles de donner effet aux droits constitutionnels et de tirer des conclusions de droit.

⁸ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 118-119; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 147; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 140; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 168; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 46; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 102; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 41; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 66.

[129] Although institutional roles can be relevant to remedial discretion, the decisions that rely on them have by and large failed to transparently explain how those roles can legitimately motivate suspensions (Hoole, at pp. 118-23). The relevance of institutional roles to granting suspensions cannot be divorced from the underlying rationale for granting suspensions in the first place: avoiding the harmful and undesirable consequences of an immediate declaration. In my view, *Schachter* and the cases that have come since are best reconciled by recognizing that allowing the legislature to fulfil its law making role can be a relevant consideration in whether to grant a suspension, but only when the government demonstrates that an immediately effective declaration would *significantly impair* the ability to legislate.

[130] In determining whether to exercise remedial discretion to suspend a declaration of invalidity, the Court should consider whether and to what extent the government has demonstrated that an immediately effective declaration would have a limiting effect on the legislature's ability to set policy. In the vast majority of cases, as Bruce Ryder recognizes, “[a] suspended declaration neither enlarges nor diminishes the range of constitutional choices open to a legislature” (p. 285). For example, in *M. v. H.*, in which the Court found unconstitutional the definition of “spouse” denying benefits to same-sex spouses, the effect of a declaration of invalidity was suspended because “if left up to the courts, these issues could only be resolved on a case-by-case basis at great cost to private litigants and the public purse. Thus, . . . the legislature ought to be given some latitude in order to address these issues in a more comprehensive fashion” (para. 147). However, an immediately effective declaration would not have prevented the legislature from addressing the issues more comprehensively in light of the Court's decision. By contrast, there may be some cases where an immediate declaration could create legal rights that could narrow the range of constitutional policy

[129] Bien que les rôles institutionnels puissent être pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation, les tribunaux n'ont pas expliqué de façon transparente comment ces rôles pouvaient être un motif légitime pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité lorsqu'ils se sont appuyés sur ceux-ci pour rendre leur décision (Hoole, p. 118-123). La pertinence des rôles institutionnels pour suspendre l'effet de déclarations d'invalidité ne peut être dissociée de la raison d'être première de la suspension de l'effet de déclarations, soit éviter les conséquences néfastes et indésirables d'une déclaration avec effet immédiat. À mon avis, la meilleure manière de concilier l'arrêt *Schachter* et les décisions qui ont été rendues par la suite serait de reconnaître que le fait de permettre au législateur de s'acquitter de son rôle d'adopter des lois est un facteur pertinent pour trancher la question de savoir si l'effet d'une déclaration d'invalidité doit être suspendu, mais seulement lorsque le gouvernement établit qu'une déclaration avec effet immédiat *nuirait considérablement* à la capacité du législateur de légiférer.

[130] Pour décider si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire de réparation pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, la Cour devrait se demander si et dans quelle mesure le gouvernement a établi qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat limite la capacité du législateur à mettre en place des politiques. Comme l'a reconnu Bruce Ryder, dans la grande majorité des cas, [TRANSDUCTION] « [u]ne déclaration dont l'effet a été suspendu n'augmente pas ni ne réduit la gamme de choix constitutionnels dont dispose un législateur » (p. 285). Par exemple, dans l'arrêt *M. c. H.*, où la Cour a déclaré inconstitutionnelle la définition de « conjoint » qui prive d'un bénéfice les conjoints de même sexe, l'effet d'une déclaration d'invalidité a été suspendu parce que « si ces questions étaient laissées à l'appréciation des tribunaux, elles ne pourraient être tranchées que sur la base du cas par cas, à grands frais pour les plaideurs privés et pour le contribuable. Par conséquent, [. . .] il faut accorder au législateur une certaine latitude pour lui permettre d'aborder ces questions d'une façon plus globale » (par. 147). Cependant, une déclaration avec effet immédiat n'aurait pas empêché le législateur d'aborder ces questions d'une façon plus globale compte tenu de

choices available to the government or undermine the effectiveness of its policy choices. As I shall explain, this case offers an example of a situation in which the legal rights created by the declaration of invalidity could undermine the effectiveness of the legislature's policy choices. Even so, avoiding such restrictions on the ability to legislate is but a relevant consideration, and may not be sufficient to justify a suspension of invalidity.

[131] The benefit achieved (or harm avoided) by the suspension must then be transparently weighed against countervailing fundamental remedial principles, namely the principles that *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies and that the public has an interest in constitutionally compliant legislation. This includes considering factors such as the significance of the rights infringement (*Bedford*, at para. 167) — for example, the weight given to ongoing rights infringement will be especially heavy when criminal jeopardy is at stake — and the potential that the suspension will create harm such as legal uncertainty (Leckey, at pp. 594-95). Albeit in different constitutional contexts, the Constitutional Courts of South Africa and Germany have similarly recognized that the propriety of a constitutional remedy short of an immediate declaration of invalidity is a question of balancing the harms of failing to immediately protect rights against the harms of an immediate declaration (see, e.g., *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*, [1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631, at para. 76; BVerfG, 2 BvC 62/14, Decision of January 29, 2019 (Germany), at paras. 136-37).

[132] However, a balancing approach does not mean that suspensions will be easier to justify. A categorical approach may have been intended to provide

la décision de la Cour. Par contre, dans certains cas, une déclaration avec effet immédiat pourrait créer des droits juridiques qui limiteraient la gamme de choix de politiques constitutionnels dont dispose le gouvernement ou qui compromettraient l'efficacité de ses choix de politique. Comme je l'expliquerai, la présente affaire constitue un exemple de situation où les droits juridiques créés par une déclaration d'invalidité pourraient compromettre l'efficacité des choix de politique du législateur. Or, le fait d'éviter de restreindre ainsi la capacité du législateur de légiférer n'est qu'un facteur pertinent à prendre en considération et peut ne pas être suffisant pour justifier la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité.

[131] L'avantage qui découle de la suspension (ou le préjudice que celle-ci permet d'éviter) doit alors être soupesé de façon transparente avec les principes fondamentaux faisant contrepoids en matière de réparation, soit le principe selon lequel les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l'octroi de réparations efficaces et le principe selon lequel il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution. Pour ce faire, divers facteurs doivent être pris en considération, dont l'importance de l'atteinte aux droits (*Bedford*, par. 167) — ainsi, l'atteinte continue aux droits aura un très grand poids lorsqu'un risque de poursuite criminelle est en jeu — et le préjudice que pourrait causer la suspension, comme la création d'une incertitude juridique (Leckey, p. 594-595). Bien que les contextes constitutionnels soient différents, les cours constitutionnelles de l'Afrique du Sud et de l'Allemagne ont également reconnu que le bien-fondé d'une réparation constitutionnelle autre qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat repose sur l'équilibre qui peut être établi entre les préjudices qui sont causés lorsque les droits des individus ne sont pas protégés immédiatement et les préjudices qui découlent d'une déclaration avec effet immédiat (voir, p. ex., *Coetzee c. Government of the Republic of South Africa*, [1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631, par. 76; BVerfG, 2 BvC 62/14, décision du 29 janvier 2019 (Allemagne), par. 136-137).

[132] Toutefois, l'établissement d'un équilibre ne signifie pas pour autant qu'il est plus facile de justifier la suspension. L'approche fondée sur des

narrow circumstances in which an unconstitutional law may continue to apply temporarily, but it has not had that effect. A balancing approach permits courts to engage with the underlying principles and ensure that a delayed declaration is not ordered unless there are compelling reasons to do so. The appropriate balance will result in suspensions only in rare circumstances. Given the imperative language of s. 52(1), and the importance of the fundamental remedial principles of constitutional compliance and of providing an effective remedy that safeguards the rights of those directly affected, there is a strong interest in declarations with immediate effect. Indeed, leaving unconstitutional laws on the books can lead to legal uncertainty and instability, especially if those laws are criminal prohibitions, which compel multiple actors (including police, Crown prosecutors, and the public) to conduct themselves in a certain way (Leckey, at pp. 594-95). Public confidence in the Constitution, the laws, and the justice system is undermined when an unconstitutional law continues to have legal effect without a compelling basis. And, of course, the violation of constitutional rights weighs heavily in favour of an immediate declaration of invalidity. A principled approach requires these countervailing factors to be weighed and does not allow for a suspension to be granted simply because the case engages, for example, public safety. In practice, therefore, a principled approach is disciplined and would be more stringent than a categorical approach, because any suspension must be specifically justified.

[133] Thus, I agree with the submissions of the Asper Centre that the government bears the onus of demonstrating that the importance of another compelling interest grounded in the Constitution outweighs the continued breach of constitutional rights. In each case, the specific interest, and the manner in which an immediate declaration would

catégories avait peut-être pour objectif de définir les circonstances limitées dans lesquelles une loi inconstitutionnelle peut continuer de s'appliquer de façon temporaire, mais elle n'a pas eu cet effet. L'établissement d'un équilibre permet aux tribunaux de faire intervenir les principes sous-jacents applicables et de veiller à ce que la suspension de l'effet d'une déclaration ne soit pas ordonnée à moins que des raisons impérieuses le justifient. Lorsqu'un juste équilibre est établi, l'effet d'une déclaration n'est suspendu qu'en de rares circonstances. Compte tenu du libellé impératif du par. 52(1), et de l'importance des principes fondamentaux en matière de réparation que sont la conformité des lois avec la Constitution et l'octroi de réparations efficaces afin de protéger les droits des personnes directement touchées, les déclarations avec effet immédiat revêtent un grand intérêt. En effet, si des lois inconstitutionnelles demeurent en vigueur indéfiniment, une incertitude et une instabilité juridiques pourraient alors s'installer, surtout si ces lois établissent des interdictions criminelles qui obligent de nombreux acteurs (dont les corps de police, les procureurs de la Couronne et le public) à se comporter d'une certaine façon (Leckey, p. 594-595). La confiance du public dans la Constitution, les lois et le système juridique est ébranlée lorsqu'une loi inconstitutionnelle continue d'avoir un effet juridique sans qu'une raison impérieuse ne le justifie. Évidemment, la violation de droits constitutionnels milite fortement en faveur d'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat. Dans la pratique, une méthode fondée sur des principes exige que ces facteurs opposés soient soupesés et ne permet pas la suspension de l'effet d'une déclaration simplement parce que l'affaire met en jeu la sécurité du public, par exemple. Une méthode fondée sur des principes est donc disciplinée en pratique et serait plus rigoureuse qu'une approche fondée sur des catégories, parce que toute suspension doit être justifiée de manière précise.

[133] Par conséquent, je suis d'accord avec les observations du Asper Centre selon lesquelles il incombe au gouvernement de démontrer que l'importance d'un autre intérêt impérieux fondé sur la Constitution l'emporte sur la violation continue de droits constitutionnels. Dans chaque cas, l'intérêt précis, ainsi que la manière dont une déclaration avec

endanger that interest, must be identified and, where necessary, supported by evidence. Suspensions of declarations of invalidity will be rare. Indeed, this aligns with this Court's recent practice. This Court has not suspended the effect of a declaration of invalidity since its decision in *Carter* over five years ago, making 13 immediately effective declarations that legislation was of no force or effect for violating the *Charter* over that period.⁹

[134] When deciding whether to grant a suspension, a court must also determine its length. In Hong Kong, the Court of Final Appeal has said that suspensions should not be granted for longer than “necessary” (*Koo Sze Yiu*, at para. 41). In *Corbiere*, on the other hand, suspending the effect of the declaration for a relatively long period allowed the legislature greater flexibility in putting its capacity to consult to use (paras. 119 and 121, per L’Heureux-Dubé J.). In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, the extension of a suspension was accompanied by a process by which any rights holder could apply for a remedy under s. 24(1) to alleviate the harmful impact of the unconstitutional provision.

[135] In my view, the onus to demonstrate the appropriate length of time remains with the government

⁹ *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Québec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at para. 32; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401.

effet immédiat menacerait cet intérêt, doit être défini et, le cas échéant, étayé par une preuve. La suspension d’effet d’une déclaration d’invalidité est rare. Cette façon de faire cadre d’ailleurs avec la pratique récente de notre Cour. En effet, notre Cour n’a pas suspendu l’effet d’une déclaration d’invalidité depuis qu’elle a rendu sa décision dans l’arrêt *Carter* il y a plus de cinq ans. Au cours de la période qui s’est écoulée depuis cet arrêt, elle a prononcé 13 déclarations avec effet immédiat portant inopérabilité de dispositions législatives parce qu’elles violaient la *Charte*⁹.

[134] Lorsqu’il décide si l’effet d’une déclaration d’invalidité doit être suspendu, le tribunal doit également fixer la durée de la suspension. À Hong Kong, la Cour de dernier ressort a affirmé que l’effet d’une déclaration ne devrait pas être suspendu plus longtemps qu’il n’est [TRADUCTION] « nécessaire » (*Koo Sze Yiu*, par. 41). En revanche, dans l’arrêt *Corbiere*, la suspension de la prise d’effet de la déclaration pour une période relativement longue a donné au législateur une plus grande marge de manœuvre pour mettre à profit sa capacité de consulter (par. 119 et 121, la juge L’Heureux-Dubé). Dans l’arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13, la prorogation de la suspension de la prise d’effet d’une déclaration était assortie d’un processus par lequel tout titulaire de droits pouvait demander une réparation en vertu du par. 24(1) pour atténuer l’effet préjudiciable de la disposition inconstitutionnelle.

[135] À mon avis, il incombe encore au gouvernement d’établir la durée que doit avoir la suspension

⁹ *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 32; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401.

and there is no “default” length of time such as 12 months. In *Manitoba Language Rights*, in the absence of submissions, this Court considered itself ill-equipped to determine the appropriate length of time for Manitoba’s legislature to re-enact all of its legislation in both English and French (p. 769). It is the government’s responsibility to make a case for the length of the suspension it seeks.

[136] I add this. My colleagues contend that s. 33 of the *Charter* is an express and, thus, more legitimate source of authority that allows Parliament or a provincial legislature to suspend the effect of a declaration of invalidity. Since the Constitution gives Parliament and the provincial legislatures this power, my colleagues suggest that suspension is legislative in nature and at odds with the judicial role.

[137] This is an unsustainable proposition. Section 33 permits Parliament or a provincial legislature to temporarily exempt an Act from the application of rights and freedoms guaranteed by ss. 2 and 7 to 15 of our *Charter*, even for purely political reasons (*Charter*, ss. 32(1) and 33(1) and (2); *Quebec Association of Protestant School Boards*, at p. 86). When a court determines that a law violates the *Charter* in a manner that cannot be justified in a free and democratic society under s. 1, the court must grant the appropriate remedy. This includes, in some rare cases, delaying the effects of a declaration of invalidity based on a compelling public interest. Court-ordered suspension leaves Parliament and the legislatures free to respond to the declaration of invalidity, including by using s. 33 (see *Vriend*, at paras. 139 and 178). The court cannot shirk its responsibility to remedy constitutional violations simply because s. 33 permits Parliament or a legislature to exceptionally override certain *Charter* rights and freedoms.

[138] The court has the authority — and responsibility — to determine whether a declaration of invalidity should be suspended. It is not for the courts

de la prise d’effet d’une déclaration et il n’existe pas de durée « par défaut » de 12 mois. Dans *Droits linguistiques au Manitoba*, notre Cour, qui n’avait pas été saisie d’observations sur ce point, s’est estimée mal outillée pour fixer le délai approprié à accorder à la législature du Manitoba pour adopter de nouveau toutes ses lois tant en français qu’en anglais (p. 769). Il appartient au gouvernement de justifier le délai de la suspension qu’il sollicite.

[136] J’ajouterai ceci. Mes collègues affirment que l’art. 33 de la *Charte* est une source de pouvoir explicite et, de ce fait, plus légitime qui permet au législateur fédéral ou provincial de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité. Selon mes collègues, étant donné que la Constitution accorde ce pouvoir aux législateurs fédéral et provinciaux, la suspension serait une mesure de nature législative et en contradiction avec la fonction judiciaire.

[137] Cette proposition est insoutenable. L’article 33 permet au législateur fédéral ou provincial de soustraire temporairement une loi à l’application des droits et libertés garantis par les art. 2 et 7 à 15 de notre *Charte*, même pour des motifs purement politiques (*Charte*, par. 32(1) ainsi que 33(1) et (2); *Québec Association of Protestant School Boards*, p. 86). Lorsque le tribunal conclut qu’une loi viole la *Charte* d’une façon qui ne peut se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier, il doit accorder la réparation appropriée. Dans de rares cas, cette réparation prend la forme d’une suspension des effets d’une déclaration d’invalidité au vu d’un intérêt public impérieux. La suspension ordonnée par le tribunal laisse aux législateurs fédéral et provinciaux le loisir de répondre à la déclaration d’invalidité, notamment en recourant à l’art. 33 (voir *Vriend*, par. 139 et 178). Le tribunal ne peut se dérober à sa responsabilité d’accorder une réparation en cas de violation de la Constitution simplement parce que l’art. 33 permet au législateur fédéral ou provincial de passer outre, dans des cas exceptionnels, à certains droits et libertés garantis par la *Charte*.

[138] Le tribunal a le pouvoir — et l’obligation — de se prononcer sur l’opportunité de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité. Il n’appartient pas

to direct or encourage Parliament and the provincial legislatures to use their exceptional authority to override *Charter* rights and freedoms.

[139] In sum, the effect of a declaration should not be suspended unless the government demonstrates that an immediately effective declaration would endanger a compelling public interest that outweighs the importance of immediate constitutional compliance and an immediately effective remedy for those whose *Charter* rights will be violated. The court must consider the impact of such a suspension on rights holders and the public, as well as whether an immediate declaration of invalidity would significantly impair the legislature's democratic authority to set policy through legislation. The period of suspension, where warranted, should be long enough to give the legislature the amount of time it has demonstrated it requires to carry out its responsibility diligently and effectively, while recognizing that every additional day of rights violations will be a strong counterweight against giving the legislature more time.

(5) Individual Remedies — Exemptions From Suspensions

[140] Where a declaration of invalidity is suspended, it often raises the issue of whether the claimant should receive an individual remedy or exemption from that suspension. The Attorney General argues that individual exemptions from suspensions should not be granted except in extreme circumstances where the claimant will not benefit from the declaration absent an exemption. He says individual exemptions create uncertainty and undermine the rule of law by applying laws to everyone except the claimants who challenged them. He says granting individual exemptions usurps the role of the legislature by imposing judicial discretion where the statute precludes it.

aux tribunaux d'ordonner aux législateurs fédéral et provinciaux d'exercer leur pouvoir exceptionnel pour passer outre à des droits et libertés protégés par la *Charte*, ou de les inciter à le faire.

[139] En somme, l'effet d'une déclaration ne devrait pas être suspendu à moins que le gouvernement ne démontre qu'une déclaration avec effet immédiat menacerait un intérêt public impérieux qui l'emporte sur l'importance de se conformer immédiatement à la Constitution et sur une réparation qui s'appliquerait immédiatement aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* seront violés. Le tribunal doit se demander quelle sera l'incidence d'une telle suspension sur les titulaires de droits et le public, et doit établir si une déclaration d'invalidité avec effet immédiat nuirait considérablement au pouvoir démocratique qu'a le législateur de mettre en place des politiques au moyen de lois. Lorsqu'une telle mesure est justifiée, la période de suspension devrait être suffisamment longue pour donner au législateur le temps dont il a démontré qu'il avait besoin pour s'acquitter avec diligence et efficacité de l'obligation qui lui incombe, tout en reconnaissant que chaque jour additionnel pendant lequel les droits sont violés constitue un contrepois important à l'octroi de temps supplémentaire au législateur.

(5) Réparations individuelles — exemptions des suspensions

[140] La suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité soulève fréquemment la question de savoir si le demandeur devrait obtenir une réparation ou une exemption individuelle de cette suspension. Le procureur général affirme que des exemptions individuelles d'une suspension ne devraient être accordées que dans des cas extrêmes où le demandeur ne pourra pas bénéficier des avantages de la déclaration faute d'exemption. Il soutient que les exemptions individuelles créent de l'incertitude et sapent la primauté du droit en appliquant les lois à tout le monde, sauf aux demandeurs qui les ont contestées. Selon lui, l'octroi d'exemptions individuelles usurpe le rôle du législateur en imposant un pouvoir discrétionnaire lorsque la loi l'interdit.

[141] The Attorney General also relies on a “rule” endorsed in *Demers* that s. 24(1) remedies cannot be combined with s. 52(1) remedies, precluding courts from granting a s. 24(1) individual remedy during the suspension period (para. 62). However, in *Demers*, at para. 61, Iacobucci and Bastarache JJ. drew that conclusion from a passage in *Schachter* cautioning that “where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available” (p. 720 (emphasis added)) because such a remedy would undermine the suspension. When it came to giving an individual remedy during a period of suspension, Lamer C.J. reasoned that it would be “tantamount” to giving the declaration retroactive effect.

[142] To the extent that *Demers* reads *Schachter* as setting out a hard-and-fast rule against combining s. 24(1) and s. 52(1) remedies, it misreads that case. As I will explain, s. 24(1) is too flexible to be restricted in this way. As other jurisprudence of this Court suggests, individual exemptions from suspensions will often be an “appropriate and just” remedy when an individual claimant has braved the storm of constitutional litigation and obtained a declaration whose benefit “enures to society at large” (*Demers*, at para. 99, per LeBel J.). On the other hand, where an exemption would undermine the rationale for the suspension, this will be a strong countervailing factor against granting an exemption.

[143] Section 24(1) of the *Charter* provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[141] Le procureur général s’appuie également sur une « règle » qui a été approuvée dans l’arrêt *Demers* selon laquelle des réparations fondées sur le par. 24(1) ne peuvent pas être combinées à des réparations fondées sur le par. 52(1), ce qui empêche les tribunaux d’octroyer une réparation individuelle en vertu du par. 24(1) pendant la période de suspension (par. 62). Cependant, au par. 61 de *Demers*, les juges Iacobucci et Bastarache ont tiré cette conclusion d’un passage de l’arrêt *Schachter* où la Cour précisait que « si l’effet de la déclaration d’invalidité est temporairement suspendu, il n’y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l’art. 24 » (p. 720 (je souligne)) parce qu’une telle réparation saperait l’effet de la suspension. En ce qui concerne l’octroi d’une réparation individuelle pendant une période de suspension, le juge en chef Lamer a expliqué que cette mesure « équivaldrait » à donner un effet rétroactif à la déclaration d’invalidité.

[142] Dans la mesure où, dans l’arrêt *Demers*, la Cour affirme que l’arrêt *Schachter* énonce une règle rigide qui interdit de combiner des réparations fondées sur le par. 24(1) et des réparations fondées sur le par. 52(1), elle interprète erronément ce jugement. Comme je vais l’expliquer, le par. 24(1) a une application trop souple pour être restreint de cette manière. Comme le laissent entendre d’autres arrêts de notre Cour, l’exemption individuelle d’une suspension constituera souvent une réparation « convenable et juste » dans les cas où un demandeur a bravé la tempête d’un litige constitutionnel et a obtenu un jugement déclaratoire dont « toute la société [. . .] profite » (*Demers*, par. 99, le juge LeBel). Par contre, si une exemption mine la raison d’être d’une suspension, ce facteur important ira à l’encontre de l’octroi d’une exemption.

[143] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* est ainsi libellé :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[144] This Court has said that to be “appropriate and just”, a s. 24(1) remedy should meaningfully vindicate the right of the claimant, conform to the separation of powers, invoke the powers and function of a court, be fair to the party against whom the remedy is ordered, and allow s. 24(1) to evolve to meet the challenges of each case (*Doucet-Boudreau*, at paras. 55-59). In particular, an effective remedy that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimant will take into account the nature of the rights violation and the situation of the claimant, will be relevant to the claimant’s experience and address the circumstances of the rights violation, and will not be “smothered” in procedural delays and difficulties (para. 55). The court’s approach to s. 24(1) remedies must stay flexible and responsive to the needs of a given case (para. 59).

[145] This Court’s jurisprudence makes clear that granting individual remedies while the effects of declarations of invalidity are suspended can be appropriate and just. The Court granted a worker disability benefits for chronic pain during the suspension of a declaration that provisions were invalid for *excluding* chronic pain from the workers’ compensation system (*Martin*, at paras. 121-22). The Court has acquitted individuals of criminal or quasi-criminal charges stemming from unconstitutional laws despite suspending the effects of the declarations of invalidity (*Guignard*, at para. 32; *Bain*, at pp. 105 and 165; see also *Corbiere*, at paras. 22-23).

[146] A rule that individual claimants cannot be exempted from suspensions of declarations of invalidity would improperly fetter the broad discretion afforded under s. 24(1) of the *Charter* for courts to grant remedies they “conside[r] appropriate and just in the circumstances.” Remedial discretion is a fundamental feature of the *Charter*. A bar on exempting individual claimants would often be unfair to the claimant, especially given that it is a court’s decision to grant a suspension that makes the individual

[144] Notre Cour a déclaré que pour être « convenable et juste », une réparation fondée sur le par. 24(1) devrait permettre de défendre utilement les droits du demandeur, respecter la séparation des pouvoirs, mettre à contribution le rôle et les pouvoirs d’un tribunal, être équitable pour la partie visée par la réparation et permettre au par. 24(1) d’évoluer de manière à relever les défis de chaque cas (*Doucet-Boudreau*, par. 55-59). Plus particulièrement, une réparation efficace qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur tiendra compte de la nature des droits violés et de la situation du demandeur, sera adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tiendra compte des circonstances de la violation des droits en cause, et ne sera pas « étouffé[e] » dans les délais et les difficultés de procédure (par. 55). De plus, la manière dont la Cour aborde les réparations accordées sur le fondement du par. 24(1) doit rester souple et prendre en considération les besoins en cause (par. 59).

[145] Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour qu’il peut être convenable et juste d’accorder des réparations individuelles pendant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Par exemple, notre Cour a accordé des prestations d’invalidité à une travailleuse souffrant de douleur chronique pendant la suspension de l’effet d’une déclaration qui invalidait des dispositions *excluant* la douleur chronique du champ d’application du régime d’indemnisation des accidentés du travail (*Martin*, par. 121-122). La Cour a également acquitté des individus d’accusations criminelles ou quasi criminelles qui découlaient de lois inconstitutionnelles en dépit de la suspension des effets des déclarations d’invalidité (*Guignard*, par. 32; *Bain*, p. 105 et 165; voir aussi *Corbiere*, par. 22-23).

[146] Une règle selon laquelle les demandeurs individuels ne peuvent pas être exemptés de la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité entraverait indûment l’exercice du large pouvoir discrétionnaire qui est conféré aux tribunaux par le par. 24(1) de la *Charte*, qui leur permet d’accorder les réparations qu’ils « estime[nt] convenable[s] et juste[s] eu égard aux circonstances ». Le pouvoir discrétionnaire de réparation est un élément fondamental de la *Charte*. Interdire aux demandeurs

remedy necessary. While the reason the suspension was granted is no doubt an important consideration in granting a s. 24(1) remedy — and, as I explain below, should be taken into account when the court is considering granting an exemption — Brendan Brammall has aptly described a strict rule as prioritizing fairness to government “over all countervailing reasons, such as providing an effective remedy” (“A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers*” (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113, at p. 117).

[147] In my view, when the effect of a declaration is suspended, an individual remedy for the claimant will often be appropriate and just. The importance of safeguarding constitutional rights weighs heavily in favour of an individual remedy. The concern for vindicating individual rights with effective remedies reaches back to Blackstone and Dicey, and continues to have force in the present day (see K. Roach, “Dialogic remedies” (2019), 17 *I CON* 860, at pp. 862-65).

[148] Exempting only the claimant from a suspension may appear unfair at first glance (see, in the context of prospective remedies, Choudhry and Roach, at p. 223, fn. 65, citing *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995)). But the claimant is not in the same position as others subject to the impugned law in a key respect: the claimant who brings a successful constitutional challenge has done the public interest a service by ensuring that an unconstitutional law is taken off the books — the claimant has pursued the “right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament” (*Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 163). While, as the Attorney General submits, it is in the public interest

individuels d’être exemptés d’une suspension sera souvent injuste pour ces derniers, surtout compte tenu du fait que la nécessité de la réparation individuelle découle de la décision du tribunal de suspendre l’effet de la déclaration en cause. Il ne fait certes aucun doute que la raison pour laquelle l’effet d’une déclaration a été suspendu est un facteur important qui doit être pris en compte lors de l’octroi d’une réparation fondée sur le par. 24(1) — et, comme je l’explique plus loin, ce facteur devrait également être pris en considération lorsque le tribunal envisage d’accorder une exemption. Cependant, Brendan Brammall a décrit avec justesse une règle stricte selon laquelle la priorité doit être accordée à l’équité à laquelle le gouvernement a droit [TRADUCTION] « plutôt qu’à tous les motifs faisant contre-poids, comme l’octroi d’une réparation efficace » (« A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers* » (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113, p. 117).

[147] À mon avis, lorsque l’effet d’une déclaration est suspendu, il sera souvent convenable et juste d’accorder une réparation individuelle au demandeur. En effet, l’importance de protéger les droits constitutionnels milite fortement en faveur de l’octroi d’une réparation individuelle. Le souci de défendre des droits individuels par l’octroi de réparations efficaces remonte à Blackstone et Dicey, et il reste d’actualité (voir K. Roach, « Dialogic remedies » (2019), 17 *I CON* 860, p. 862-865).

[148] Exempter seulement le demandeur de l’application d’une suspension peut sembler injuste à première vue (voir, dans le contexte des réparations prospectives, Choudhry et Roach, p. 223, note 65, citant *Harper c. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. c. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995)). Or, le demandeur ne se trouve pas dans la même situation que les autres personnes assujetties à la loi contestée sous un rapport clé : le demandeur qui a gain de cause dans sa contestation constitutionnelle a servi l’intérêt du public en faisant en sorte qu’une loi inconstitutionnelle soit invalidée. En effet, le demandeur a exercé le « droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement » (*Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, p. 163). Comme l’a

for laws to apply to everyone uniformly, immediate remedies for claimants are also in the public interest. The practical realities of bringing a constitutional challenge may reduce the incentive for rights claimants to bring cases that carry substantial societal benefits (Leckey, at pp. 594-95; Brammall, at p. 119, fn. 44, quoting *Demers*, at para. 99, per LeBel J.; see also Department of Justice, Research and Statistics Division, “*The Costs of Charter Litigation*” (2016)). Individual exemptions can temper any further disincentive caused by suspensions (Leckey, at p. 607). As a result, courts should focus not only on the case or legislation before them, but also encourage *Charter* compliance in the long term through their s. 24(1) remedies (*Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, at paras. 29 and 38).

[149] Like the decision of whether to suspend a declaration of invalidity despite the continued rights violation, there must be a compelling reason to deny the claimant an immediately effective remedy. Two examples seem apparent.

[150] First, a court must consider whether and to what degree granting an exemption in the claimant’s particular circumstances would undermine the interest motivating the suspension in the first place. Thus, the ability of the legislature to fashion policy responses to the declaration and the public interest in the interim operation of the legislation will be important considerations in determining whether an exemption can be granted. For example, when the effect of a declaration is suspended to protect public safety, an individual exemption would not be appropriate and just if it would endanger public safety. Evidence of the individual claimant’s situation, which the court will likely have, will inform whether this is the case.

fait valoir le procureur général, il est dans l’intérêt du public que les lois s’appliquent à tous de façon uniforme, mais il est également dans l’intérêt du public que des réparations immédiates soient accordées aux demandeurs. Les réalités pratiques de la contestation de la constitutionnalité d’une loi peuvent cependant dissuader les demandeurs d’intenter une action qui comporte des avantages substantiels pour la société (Leckey, p. 594-595; Brammall, p. 119, note 44, citant *Demers*, par. 99, le juge LeBel; voir aussi ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Les coûts des litiges fondés sur la Charte* (2016)). Les exemptions individuelles peuvent également atténuer tous les autres facteurs de dissuasion attribuables à la suspension de l’effet de déclarations (Leckey, p. 607). Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas seulement s’attarder à l’affaire ou à la loi dont ils sont saisis, mais ils devraient aussi favoriser la conformité à la *Charte* à long terme par le truchement des réparations qu’ils accordent en vertu du par. 24(1) (*Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, par. 29 et 38).

[149] Tout comme pour la décision de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité malgré la violation continue des droits, il doit y avoir une raison impérieuse de refuser au demandeur une réparation avec effet immédiat. Deux exemples sautent aux yeux.

[150] Premièrement, le tribunal doit se demander si l’octroi d’une exemption dans la situation particulière du demandeur mine l’intérêt de suspendre l’effet de la déclaration et, le cas échéant, dans quelle mesure. Par conséquent, la capacité du législateur à adapter ses réponses politiques à la déclaration et l’intérêt qu’a le public à ce que la loi soit appliquée de façon temporaire seront des éléments importants à prendre en compte pour déterminer si une exemption peut être accordée. Par exemple, lorsque l’effet d’une déclaration est suspendu afin de protéger la sécurité du public, il ne serait pas convenable et juste d’accorder une exemption individuelle si celle-ci mettrait en danger la sécurité du public. Une preuve de la situation du demandeur concerné, dont disposera vraisemblablement le tribunal, lui permettra de décider si tel est le cas.

[151] Second, courts may also have a compelling reason to refrain from granting an individual exemption where practical considerations like judicial economy make it inappropriate to do so. For instance, if a large group or class of claimants comes forward, it may not be practical — or even possible — to conduct the individual assessments necessary to grant them all individual exemptions.

[152] Ultimately, the public is well served by encouraging litigation that furthers the public interest by uncovering unconstitutional laws. Claimants, unlike others similarly situated, invest time and resources to pursue matters in the public interest — and those investments can pay dividends for others directly affected, especially those without the means to challenge the law themselves. Thus, if an exemption is otherwise appropriate and just, they should be exempted from suspensions in the absence of a compelling reason not to. Exemptions from suspensions will often be necessary to balance the interests of the litigant, the broader public, and the legislature.

(6) General Remedial Principles for Legislation That Violates the *Charter*

[153] As I have explained, running through this Court's remedial practice — from determining the form and breadth of remedies involving legislation, to suspending the effect of those remedies, to exempting litigants from suspensions — are recurring touchstones. These guide the principled discretion that this Court exercises when granting remedies for legislation that violates the *Charter*.

[154] Safeguarding rights lies at the core of that remedial approach. Section 52(1) calls for courts to invalidate any legislation to the extent it violates the

[151] Deuxièmement, le tribunal peut aussi avoir une raison impérieuse de ne pas accorder d'exemption individuelle s'il est inopportun de le faire en raison de considérations pratiques comme l'économie des ressources judiciaires. Par exemple, si une catégorie ou un groupe important de demandeurs se pourvoit en justice, il ne sera peut-être pas pratique — ni même possible — de procéder aux évaluations individuelles nécessaires pour accorder des exemptions à chacun d'eux.

[152] En fin de compte, on sert bien le public en encourageant le recours aux tribunaux qui favorise l'intérêt public en mettant au jour l'inconstitutionnalité d'une loi. Les demandeurs consacrent du temps et des ressources pour intenter des actions dans l'intérêt public, contrairement aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable — et le temps et les ressources qu'ils consacrent ainsi peuvent être profitables à d'autres personnes directement touchées, surtout celles qui n'ont pas les moyens de la contester elles-mêmes. Par conséquent, si, à tous autres égards, une exemption constitue une réparation convenable et juste, les demandeurs devraient être exemptés des suspensions s'il n'existe aucun motif impérieux de ne pas leur accorder une telle réparation. Il sera d'ailleurs souvent nécessaire d'exempter un demandeur d'une suspension pour mettre en balance les intérêts de ce dernier, du public en général et du législateur.

(6) Principes généraux en matière de réparation dans les cas où une loi viole la *Charte*

[153] Comme je l'ai expliqué, la détermination du type et de la portée des réparations qu'il convient d'accorder conformément à la loi, la suspension de l'effet de ces réparations et l'exemption des plaideurs de ces suspensions sont souvent les pierres de touche de la pratique de notre Cour en matière de réparation, lesquelles guident le pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes qu'elle exerce au moment d'accorder des réparations dans les cas où une loi viole la *Charte*.

[154] La protection des droits se trouve au cœur de cette approche en matière de réparation. Le paragraphe 52(1) exige des tribunaux qu'ils déclarent

Charter. The *Charter* “constrain[s] government action in conformity with certain individual rights and freedoms, the preservation of which [is] essential to the continuation of a democratic, functioning society in which the basic dignity of all is recognized” (*Richardson*, at para. 57). The fundamental principle that courts should provide meaningful remedies for the violation of constitutional rights (*Doucet-Boudreau*, at para. 25) shapes the form and breadth of the declaration, acts as a strong counterweight against suspending the effect of such a declaration, and weighs in favour of granting an individual remedy in tandem with a suspension.

[155] It is a defining feature of our society, reflected in s. 52(1) and required by the rule of law, that state laws and state action must comply with the Constitution (*SWUAV*, at para. 31; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 250; *Secession Reference*, at para. 72). That the public has an interest in the constitutional compliance of the laws that govern it can be seen throughout this Court’s remedial decisions. Courts ensure that a remedy covers the full scope of *Charter* violations; while this plays an important rights-protecting function, it also serves the public interest, ensuring that the government acts in accordance with the law — “[c]ompliance with *Charter* standards is a foundational principle of good governance” (*Ward*, at para. 38). The importance of constitutional compliance weighs against suspension of the declaration, and in favour of an individual exemption from any suspension.

[156] Another aspect of the rule of law, reflected in s. 52(1)’s caution that laws are of no force or effect only “to the extent of the inconsistency” with the Constitution, is the entitlement to a positive order of laws that organizes society and protects it from harm. The public has an interest in preserving legislation duly enacted by its democratically elected

invalide toute disposition législative qui viole la *Charte*. L’objet de la *Charte* est de « veiller à ce que toute action gouvernementale soit conforme à certains droits et libertés individuels dont la protection est essentielle au maintien d’une société démocratique et fonctionnelle dans laquelle la dignité fondamentale de tous les individus est reconnue » (*Richardson*, par. 57). Le principe fondamental selon lequel les tribunaux devraient accorder des réparations lorsque des droits constitutionnels sont violés (*Doucet-Boudreau*, par. 25) oriente la détermination du type et de la portée de la déclaration, constitue un contrepoids important à la suspension de l’effet de cette déclaration, et milite en faveur de l’octroi d’une réparation individuelle en même temps qu’une suspension.

[155] L’une des caractéristiques déterminantes de notre société, qui trouve son expression au par. 52(1) et que requiert la primauté du droit, est le principe suivant lequel les lois et mesures étatiques doivent être conformes à la Constitution (*SWUAV*, par. 31; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, p. 250; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 72). Il ressort d’ailleurs des décisions de notre Cour en matière de réparation qu’il est dans l’intérêt du public que les lois qui le régissent soient conformes à la Constitution. Les tribunaux s’assurent qu’une réparation s’applique à la pleine portée des violations de la *Charte*; si cela joue un rôle important dans la protection des droits, cela sert également l’intérêt du public en veillant à ce que les actes de l’État soient conformes à la loi, puisque « [l]e respect des normes établies dans la *Charte* constitue un principe fondamental de bon gouvernement » (*Ward*, par. 38). L’importance de la conformité à la Constitution milite contre la suspension de l’effet d’une déclaration et en faveur d’une exemption individuelle de toute suspension.

[156] Un autre aspect de la primauté du droit exprimé au par. 52(1), qui dispose que la Constitution rend inopérantes les « dispositions incompatibles de toute autre règle de droit », est qu’il doit y avoir un ordre de droit positif qui régit la société et la protège. Il est dans l’intérêt du public de conserver des lois qui ont été dûment adoptées par les législatures

legislatures, to the extent it is not unconstitutional. This is why courts will tailor remedies to retain constitutional aspects of an unconstitutional law where possible and will temporarily suspend the effect of a declaration when an immediate order would undermine the public interest by depriving the public of laws passed for its benefit. In contrast, concerns about legal instability may weigh against suspension.

[157] Finally, running through this Court's remedial practice for unconstitutional legislation is respect for the role of the legislature coupled with an understanding of the duties of the judicial role. When determining the form and breadth of remedies, courts will preserve as much of the law as possible to respect the legislature's policy choices, following its discernible intention when doing so. But courts will not shrink from performing their duty to protect rights through s. 52(1) remedies, determining the full extent of inconsistencies with the Constitution and declaring legislation to be of no force or effect when necessary. Suspensions can be granted when the legislature's democratic role as policymaker would be so seriously undermined by an immediately effective declaration that it outweighs important countervailing principles. In such circumstances, if an exemption would undermine that role, it will weigh against an individual remedy.

[158] As I have explained, these constitutional considerations, drawn from our constitutional text and the broader architecture of our constitutional order and the rule of law, have repeatedly arisen in this Court's decisions on s. 52(1) remedies for *Charter* violations and give rise to four foundational principles:

A. *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies.

démocratiquement élues du pays, pourvu que ces lois ne soient pas inconstitutionnelles. C'est pourquoi les tribunaux adaptent les réparations pour préserver, dans la mesure du possible, les aspects constitutionnels d'une loi inconstitutionnelle et pourquoi ils suspendent temporairement l'effet d'une déclaration lorsqu'une ordonnance avec effet immédiat risque de miner l'intérêt du public en le privant de lois qui ont été adoptées pour son bénéfice. Cependant, des préoccupations liées à l'instabilité juridique peuvent militer contre la suspension.

[157] Enfin, le respect du rôle du législateur conjugué à la compréhension des fonctions des tribunaux est le fil conducteur de la pratique de notre Cour en ce qui concerne les réparations qu'il convient d'accorder en présence de lois inconstitutionnelles. Lorsque les tribunaux déterminent le type et la portée des réparations, ils conservent le plus de dispositions possible de la loi en cause afin de respecter les choix de politique du législateur, respectant ainsi son intention évidente. Toutefois, les tribunaux ne se dérobent pas à leur obligation de protéger les droits au moyen de réparations fondées sur le par. 52(1), et ils n'hésitent pas à déterminer l'étendue complète des incompatibilités avec la Constitution et à déclarer inopérantes des dispositions législatives lorsque cela est nécessaire. Les tribunaux peuvent également suspendre l'effet d'une déclaration lorsque le rôle démocratique du législateur en matière d'élaboration de politiques serait ébranlé à un point tel par une déclaration avec effet immédiat que cela l'emporte sur d'importants principes qui font contrepoids. Dans un tel cas, si une exemption mine ce rôle, cela militera contre l'octroi d'une réparation individuelle.

[158] Comme je l'ai expliqué, ces considérations constitutionnelles, qui se dégagent de notre Constitution ainsi que de l'architecture générale de notre ordre constitutionnel et de la primauté du droit, ont maintes fois été soulevées dans la jurisprudence de notre Cour au sujet des réparations accordées en vertu du par. 52(1) pour des violations de la *Charte* et ont donné naissance à quatre principes fondamentaux :

A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l'octroi de réparations efficaces.

- B. The public has an interest in the constitutional compliance of legislation.
- C. The public is entitled to the benefit of legislation.
- D. Courts and legislatures play different institutional roles.

[159] In my view, these remedial principles provide the groundwork for meaningful remedies in different contexts. They provide guidance to courts and encourage them to transparently explain remedial results. They will not always lead to agreement on the correct outcome; their value is in transparency, helping those who disagree articulate their specific points of disagreement.

(7) Application to This Case

- (a) *What Form and Breadth Should the Remedy Take?*

[160] The first step in determining the breadth and form of a s. 52(1) remedy is determining the extent of the law's inconsistency with the *Charter*, which is defined by the nature of the substantive rights violation.

[161] Here, *Christopher's Law* limits s. 15(1) of the *Charter* by requiring those found NCRMD to comply with the sex offender registry upon discharge without providing them with any opportunities for exemption and removal based on individualized assessment. It draws distinctions based on the enumerated ground of mental disability by extending opportunities for exemption and removal to those found guilty of a sexual offence but denying them to those found NCRMD. Those distinctions are discriminatory because they perpetuate the historical and enduring disadvantage experienced by persons with mental illnesses.

- B. Il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.
- D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents.

[159] À mon avis, ces principes en matière de réparation jettent les bases de l'octroi de réparations utiles dans différents contextes. Ils guident les tribunaux et les encouragent à expliquer de façon transparente leurs décisions au chapitre des réparations. Ces principes ne débouchent pas toujours sur une entente quant à l'issue appropriée, mais leur valeur réside dans la transparence, ce qui aide les personnes en désaccord à exprimer clairement leurs points de vue.

(7) Application en l'espèce

- a) *Quels devraient être le type et la portée de la réparation?*

[160] La première étape à suivre pour déterminer le type et la portée d'une réparation fondée sur le par. 52(1) consiste à établir dans quelle mesure la loi est incompatible avec la *Charte*, ce qui dépend de la nature de la violation de fond des droits.

[161] En l'espèce, la *Loi Christopher* restreint l'application du par. 15(1) de la *Charte* en exigeant que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux s'acquittent de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels après avoir obtenu une libération, sans leur donner la possibilité d'être dispensées de cette obligation et d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle. Cette loi crée des distinctions fondées sur le motif énuméré de la déficience mentale en offrant aux personnes déclarées coupables d'une infraction sexuelle la possibilité d'être dispensées de l'obligation de s'inscrire au registre et d'être retirées de celui-ci, alors qu'une telle possibilité n'est pas offerte aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Ces distinctions sont discriminatoires parce qu'elles perpétuent le désavantage historique que continuent de subir les personnes souffrant de troubles mentaux.

[162] The s. 15(1) infringement was found not to be minimally impairing of the right because making any form of individualized assessment that could lead to exemption and removal available to those found NCRMD would be less impairing of the right.

[163] Turning to the second step, a court must determine whether a tailored remedy would be appropriate, rather than a declaration of invalidity applying to the whole of the challenged law.

[164] Given the limited and precisely defined nature of the violation in the context of the overall scheme of the sex offender registry, some form of tailored remedy was clearly appropriate to respond to the unconstitutionality. The legislature would no doubt have enacted *Christopher's Law* to apply to those convicted of a sexual offence even if it could not include those found NCRMD and granted a discharge.

[165] In this case, reading in an individualized assessment requirement would intrude on the legislative sphere — there are many ways to provide for such an assessment and “it is the legislature’s role to fill in the gaps, not the court’s” (*Schachter*, at p. 705).

[166] On the other hand, a declaration reading down *Christopher's Law* such that it is of no force or effect to the extent it applies to everyone unconstitutionally affected effectively vindicates rights without interfering with aspects of the statute’s operation unaffected by the finding of unconstitutionality. Granting a tailored remedy here will better protect the public’s interest in legislation enacted for its benefit and will better respect the role of the legislature, while also safeguarding *Charter* rights and realizing the public’s interest in constitutionally compliant legislation.

[162] Il a été conclu que la violation du par. 15(1) ne portait pas atteinte de façon minimale au droit que confère cette disposition parce que le fait d’offrir aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité de se soumettre à une évaluation individuelle au terme de laquelle elles pourraient être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre et être retirées de celui-ci porterait moins atteinte à ce droit.

[163] À la deuxième étape, le tribunal doit décider s’il convient d’accorder une réparation adaptée au lieu de déclarer invalide l’ensemble de la loi contestée.

[164] Compte tenu de la nature limitée et précise de la violation dans le contexte du régime général d’enregistrement des délinquants sexuels, il convenait manifestement d’accorder une réparation adaptée en réaction à l’inconstitutionnalité de la *Loi*. Il ne fait d’ailleurs aucun doute que la législature aurait appliqué la *Loi Christopher* aux personnes déclarées coupables d’une infraction sexuelle même si elle ne pouvait pas inclure dans cette loi les personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et qui ont obtenu une libération.

[165] Dans la présente affaire, une interprétation large de la *Loi Christopher* selon laquelle cette loi exige qu’une évaluation individuelle soit réalisée empiéterait sur le domaine législatif. En effet, il y a maintes façons de procéder à une telle évaluation et « [i] appartient [. . .] aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes » (*Schachter*, p. 705).

[166] Par contre, une interprétation atténuée de la *Loi Christopher* selon laquelle cette loi est inopérante dans la mesure où elle s’applique à toutes les personnes touchées par ses effets inconstitutionnels permettrait de défendre efficacement les droits sans empiéter sur les aspects de l’application de cette loi qui ne sont pas visés par le constat d’inconstitutionnalité. En l’espèce, l’octroi d’une réparation adaptée permettra de mieux protéger l’intérêt qu’a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice et de mieux respecter le rôle du législateur tout en protégeant aussi les droits garantis par la *Charte* et en défendant l’intérêt du public à ce que les lois soient conformes à la Constitution.

[167] There is one final issue respecting the proper scope of the declaration in this case. Although G's argument that *Christopher's Law* violates s. 15(1) of the *Charter*, which has been accepted by this Court and by the Court of Appeal, applies to all those found NCRMD of sexual offences who have been discharged, G framed his constitutional challenge to cover only those who have been *absolutely* discharged. The order of the Court of Appeal and the constitutional questions the parties stated before this Court were also limited. Should the s. 52(1) declaration be limited in this way?

[168] In my view, the formal limits on the scope of G's application do not reflect the substance of the constitutional issue before the Court, as argued by the parties. G's arguments on s. 15(1) apply to all those found NCRMD of a sexual offence who do not have access to exemption and removal mechanisms based on individualized assessment: that is, all those found NCRMD who have been discharged. The Attorney General's central s. 1 argument attempting to justify the s. 15(1) violation — that this Court should defer to the legislature's determination that all those found NCRMD in respect of a sexual offence should be registered because they are more likely to reoffend than a member of the general public is to commit a first-time offence and there is no way to predict with certainty whether they will reoffend — also applies to all those found NCRMD. Of course, those conditionally discharged have the opportunity to obtain an absolute discharge following each annual disposition review hearing before the review board.

[167] Il reste à examiner une dernière question concernant la portée qu'il convient de donner à la déclaration dans la présente affaire. Certes, G a fait valoir que la *Loi Christopher* viole le par. 15(1) de la *Charte* qui, tel qu'en conviennent notre Cour et la Cour d'appel, s'applique à toutes les personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles et qui ont obtenu une libération. Cependant, la contestation constitutionnelle de G ne visait que les personnes qui ont obtenu une libération *inconditionnelle*. L'ordonnance de la Cour d'appel et les questions constitutionnelles qui ont été soulevées par les parties devant notre Cour avaient également une portée limitée. La déclaration prononcée en vertu du par. 52(1) doit-elle être limitée ainsi?

[168] À mon avis, les limites formelles dont est assortie la requête de G ne reflètent pas l'essence de la question constitutionnelle dont est saisie la Cour, comme le soutiennent les parties. Les arguments de G concernant le par. 15(1) visent toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui n'ont pas accès à des mécanismes de dispense et de retrait à la suite d'une évaluation individuelle, soit toutes les personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et qui ont obtenu une libération. De plus, toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont également visées par le principal argument fondé sur l'article premier qui a été invoqué par le procureur général pour tenter de justifier la violation du par. 15(1) — à savoir que notre Cour devrait s'en remettre à la conclusion du législateur suivant laquelle toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle devraient être inscrites au registre parce qu'elles sont plus susceptibles de récidiver qu'un membre du grand public l'est de commettre une première infraction, et qu'il est impossible de prédire avec certitude leur risque de récidive. Bien entendu, les personnes libérées sous conditions ont la possibilité d'obtenir une libération inconditionnelle à l'issue de chaque audience de révision annuelle devant la commission d'examen.

[169] However, had G’s application been framed to include all those found NCRMD of a sexual offence and discharged, the Attorney General may have brought other evidence to support his s. 1 arguments, and addressed the differential risks — in particular the risk of reoffending posed by those found NCRMD of a sexual offence and *conditionally* discharged.

[170] Because I cannot conclude that the Attorney General had the “fullest opportunity to support the validity” of *Christopher’s Law* in relation to those conditionally discharged, like the Court of Appeal, I would limit the declaration to those who have been found NCRMD of a sexual offence and absolutely discharged (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paras. 19 and 22).

(b) *Was the Effect of the Declaration Properly Suspended?*

[171] As noted above, the terms of s. 52(1) and the need to safeguard *Charter* rights and ensure constitutional compliance of all legislation weigh heavily in favour of an immediately effective declaration. However, those must be balanced against protecting the public’s interest in legislation passed for its benefit. To do so, the Court must consider the nature and extent of both the continued rights violations and the danger to an identified public interest that could flow from an immediate declaration of invalidity.

[172] The Attorney General has identified public safety as the public interest that justifies a suspension. The importance of this interest, and its appropriate weight in the analysis, is informed by the danger posed by those found NCRMD of sexual

[169] Toutefois, si la requête de G avait visé toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération, le procureur général aurait pu produire d’autres éléments de preuve pour étayer ses arguments fondés sur l’article premier et aurait également pu aborder la question des différents risques que présentent ces personnes — en particulier le risque de récidive que présentent les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération *sous conditions*.

[170] Comme je ne peux conclure que le procureur général a « vraiment [eu] l’occasion de soutenir la validité » de la *Loi Christopher* à l’endroit des personnes qui ont obtenu une libération sous conditions, je suis d’avis, à l’instar de la Cour d’appel, de limiter la déclaration aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19 et 22).

b) *L’effet de la déclaration a-t-il été suspendu à juste titre?*

[171] Comme je l’ai déjà mentionné, le libellé du par. 52(1) ainsi que la nécessité de protéger les droits garantis par la *Charte* et de veiller à ce que toutes les lois soient conformes à la Constitution militent fortement en faveur d’une déclaration avec effet immédiat. Or, ces éléments doivent être mis en balance avec la protection de l’intérêt du public dans des lois adoptées pour son bénéfice. Pour ce faire, la Cour doit tenir compte de la nature et de la portée des violations continues des droits, de même que du fait qu’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat pourrait compromettre un intérêt public en particulier.

[172] Le procureur général soutient que la sécurité du public est l’intérêt public qui justifie une suspension. L’importance de cet intérêt, de même que le poids qu’il convient de lui accorder dans l’analyse, reposent sur le risque que présentent les personnes

offences and granted absolute discharges by a provincial review board.

[173] The *Criminal Code* requires provincial review boards to absolutely discharge any person found NCRMD who does not pose a significant risk of committing a serious criminal offence (*Winko*, at para. 57). If a person poses that type of risk, the review board may discharge them subject to conditions it considers appropriate (*Criminal Code*, s. 672.54(b)). The review board's "paramount consideration" in making any disposition is public safety.

[174] The application judge found those discharged after an NCRMD finding to be at a statistically higher risk of offending than the general population. Those who are absolutely discharged therefore may pose *some* elevated risk of committing criminal offences. Granting an immediate declaration would endanger the public interest in safety from sexual offences to some extent because some individuals who still pose a greater risk to offend would be relieved of their reporting obligations. Those individuals would also be able to apply to have their personal information removed from the database pursuant to s. 24(1) (see, e.g., *Boudreault*, at paras. 107-9).

[175] The application judge found that the registry contributed to public safety by enhancing the ability of police to prevent and investigate sexual offences. Immediately relieving a group of people who may pose some risk of committing sexual offences from the obligation to report or permitting them to seek removal of their information could detract from this enhanced ability. The threat to public safety is

qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles et qui ont obtenu une libération inconditionnelle d'une commission d'examen provinciale.

[173] Le *Code criminel* exige que les commissions d'examen provinciales accordent une libération inconditionnelle à toute personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux s'il n'y a pas de risque important que cette personne commette une infraction criminelle grave (*Winko*, par. 57). Cependant, si un tel risque existe, la commission d'examen peut rendre une décision portant libération de cette personne sous réserve des modalités que la commission juge indiquées (*Code criminel*, al. 672.54b)). Quelle que soit la décision rendue, la commission d'examen prend en considération la sécurité du public, qui est le « facteur prépondérant ».

[174] Le juge de première instance a conclu que, statistiquement parlant, les personnes qui ont obtenu une libération après avoir été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux risquent davantage de contrevenir à la loi que la population générale. Les personnes qui ont obtenu une libération inconditionnelle sont donc *quelque peu* plus susceptibles de commettre des infractions criminelles. Une déclaration avec effet immédiat menacerait donc, dans une certaine mesure, l'intérêt qu'a le public d'être protégé des infractions sexuelles, car certaines personnes qui présentent encore un risque élevé de contrevenir à la loi seraient dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités. Ces personnes pourraient également présenter une demande en vue de faire retirer leurs renseignements personnels de la base de données conformément au par. 24(1) (voir, p. ex., *Boudreault*, par. 107-109).

[175] Selon le juge de première instance, le registre contribue à la sécurité du public en accroissant la capacité des corps de police de prévenir les infractions sexuelles et d'enquêter sur celles-ci. Dispenser immédiatement un groupe de personnes qui risquent de commettre des infractions sexuelles de l'obligation de se présenter devant les autorités et permettre à ces personnes de solliciter le retrait des renseignements

therefore meaningful. However, given that persons found NCRMD who pose the highest demonstrable risk to reoffend are not given absolute discharges, this threat is limited.

[176] The other public interest at stake is respect for the legislature's ability to enact its preferred rights-respecting scheme. Granting an immediate declaration of invalidity could risk compromising the legislature's ability to fulfil its role as policy-maker because allowing everyone found NCRMD of a sexual offence and absolutely discharged to be removed from the sex offender registry could restrict the effectiveness of the new version of *Christopher's Law* eventually enacted by the Ontario legislature in response to these reasons. Identifying those individuals and requiring them to register and report again — or to undergo individualized assessment of some kind — would likely be impracticable because their information simply would not be retained in the interim.

[177] Balanced against these considerations is the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong. *Christopher's Law* treats those found NCRMD and discharged in accordance with a persistent, demeaning stereotype. The law compels them to report in person to a police station, subjects them to the spectre of random police checks at their residence, and retains their personal information without providing an opportunity to determine whether they pose sufficient risk to justify that intrusion on their liberty and privacy. Importantly, granting a suspension also runs counter to the public's interest in constitutionally compliant legislation.

les concernant du registre pourraient diminuer cette capacité accrue. La menace qui pèse sur la sécurité du public est donc sérieuse. Toutefois, cette menace est limitée puisque des libérations inconditionnelles ne sont pas accordées aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui présentent manifestement le risque le plus élevé de récidive.

[176] L'autre intérêt public en jeu est le respect de la capacité du législateur d'adopter le régime respectueux des droits qu'il préfère. Une déclaration d'invalidité avec effet immédiat risque de compromettre la capacité du législateur de s'acquitter de son rôle de décideur politique, car le fait de permettre à toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle d'être retirées du registre des délinquants sexuels pourrait limiter l'efficacité de la nouvelle version de la *Loi Christopher* que le législateur ontarien adoptera un jour en réaction aux présents motifs. Qui plus est, il serait probablement impossible d'identifier ces personnes et de les obliger à s'inscrire au registre et à se présenter de nouveau devant les autorités — ou à se soumettre à une évaluation individuelle quelconque — parce que les renseignements à leur sujet ne seraient tout simplement pas conservés dans l'intervalle.

[177] Ces considérations sont contrebalancées par l'importance de la violation des droits qui persisterait temporairement si l'effet de la déclaration d'invalidité était suspendu. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une absolution continuent de faire l'objet de stéréotypes méprisants qui leur sont imposés par la *Loi Christopher*. Celle-ci les contraint à se présenter en personne à un poste de police, les oblige à se soumettre à des vérifications policières aléatoires à leur domicile, et prévoit la conservation de leurs renseignements personnels, et ce, sans qu'il soit donné aux autorités l'occasion de déterminer si elles posent un risque suffisant pour justifier cette atteinte à leur liberté et à leur vie privée. Il importe de souligner que la suspension de l'effet de la déclaration va aussi à l'encontre de l'intérêt du public à ce que les lois soient conformes à la Constitution.

[178] Here, there is an ongoing threat to public safety, although it is limited as the group of individuals whose information would no longer be tracked consists entirely of persons who the Review Board has deemed do not pose a significant threat to public safety. The legislature's ability to address that gap in public safety would, however, be appreciably restricted by an immediate declaration. This is a close call. But on balance, the combination of these two legitimate interests (public safety and preserving the legislature's latitude to respond to the finding of unconstitutionality) justifies temporarily depriving those affected of the immediate benefit of this judgment and allowing the violation to persist.

[179] The parties agree with the 12-month suspension ordered by the Court of Appeal. I see no basis to interfere with that determination. However, in future, courts will expect more detailed submissions on the length of time required.

(c) *Should G Have Been Exempted From the Suspension?*

[180] The final question is whether it was appropriate and just to exempt G from the suspension. The Attorney General submits that, because of a lack of "expert forensic risk assessment", it was not.

[181] Although judges may not have the expertise to conduct such forensic assessments themselves, they are well-suited to deciding and frequently charged with making determinations relating to public safety and risk in other contexts, including those that lead to exemption and removal from the sex offender registry. When judges decide whether to absolutely or conditionally discharge someone found guilty of an offence, they consider the best interests of the accused and the public interest (*Criminal Code*, s. 730). Further, a judge deciding whether to make a termination or exemption order in respect of

[178] En l'espèce, la sécurité du public continue d'être menacée, mais cette menace est limitée car le groupe d'individus dont les renseignements ne seraient plus compilés est formé entièrement de personnes qui, selon la Commission d'examen, ne présentent pas un risque important pour la sécurité du public. Toutefois, une déclaration avec effet immédiat restreindrait sensiblement la capacité du législateur de corriger cette lacune au chapitre de la sécurité du public. Il s'agit d'un cas difficile à trancher. Cependant, tout bien considéré, la combinaison de ces deux intérêts légitimes (la sécurité du public et la protection de la capacité du législateur de répondre au constat d'inconstitutionnalité) justifie que l'on prive temporairement les personnes touchées de l'avantage que procure immédiatement le présent jugement et que l'on laisse la violation perdurer.

[179] Les parties sont d'accord avec la suspension de 12 mois qui a été ordonnée par la Cour d'appel. Je ne vois aucune raison de modifier cette décision. Cependant, à l'avenir, les tribunaux s'attendront à ce que des observations plus détaillées soient formulées au sujet de la durée de la période pendant laquelle l'effet d'une déclaration doit être suspendu.

c) *G aurait-il dû être exempté de la suspension?*

[180] La dernière question à trancher consiste à savoir s'il était convenable et juste d'exempter G de la suspension. Le procureur général soutient que cette réparation n'était pas convenable et juste vu l'absence d'une [TRADUCTION] « évaluation judiciaire du risque effectuée par un expert ».

[181] Les juges ne possèdent peut-être pas l'expertise nécessaire pour effectuer eux-mêmes des évaluations judiciaires de ce genre, mais ils sont bien placés pour rendre des décisions et sont souvent appelés à tirer des conclusions sur la sécurité du public et le risque dans d'autres contextes, notamment dans des contextes qui donnent lieu à la dispense de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels et au retrait de ce registre. Lorsque les juges doivent décider s'il y a lieu d'accorder une absolution inconditionnelle ou sous conditions à une personne déclarée coupable d'une infraction, ils doivent

a person subject to the federal sex offender registry must determine whether the impact of compliance on the applicant “would be grossly disproportionate to the public interest in protecting society through the effective prevention or investigation of crimes of a sexual nature” (*Criminal Code*, ss. 490.016(1) and 490.023(2); Bill C-16, *Sex Offender Information Registration Act*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004, s. 20).¹⁰ These are not decisions that require expert forensic evidence. And the *adjudicative* task of assessing risk in a particular case, in order to grant a remedy that is appropriate and just in the claimant’s circumstances, is distinct from the *legislative* task of creating a regime designed to assess risk.

[182] The Court of Appeal granted G an individual exemption from *Christopher’s Law*. Doherty J.A. concluded that an exemption did not undermine the suspension; it was difficult to envision a constitutionally compliant legislative scheme that would not exempt G from the registry. The exercise of the court’s discretion deserves deference. The ORB, an expert tribunal, determined that G was not at

tenir compte de l’intérêt véritable de l’accusé et de l’intérêt public (*Code criminel*, art. 730). De plus, lorsqu’un juge est appelé à décider s’il convient de prononcer une révocation ou d’accorder une dispense à une personne qui est tenue de s’inscrire au registre fédéral des délinquants sexuels, il doit déterminer si le maintien de cette obligation aurait à l’égard du demandeur « un effet nettement démesuré par rapport à l’intérêt [qu’il] présente pour la protection de la société contre les crimes de nature sexuelle au moyen d’enquêtes ou de mesures de prévention efficaces » (*Code criminel*, par. 490.016(1) et 490.023(2); projet de loi C-16, *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, 37^e lég., 3^e sess., 2004, art. 20)¹⁰. Les décisions de ce genre n’exigent pas qu’un expert produise une preuve criminalistique. Qui plus est, il faut distinguer la fonction *juridictionnelle* que constitue l’évaluation d’un risque dans un cas donné afin d’accorder au demandeur une réparation convenable et juste, eu égard à sa situation, d’avec la tâche *legislative* de créer un régime conçu pour évaluer ce risque.

[182] La Cour d’appel a accordé une exemption individuelle à G afin de le dispenser de l’application de la *Loi Christopher*. Le juge Doherty a conclu qu’une exemption ne minait pas l’effet de la suspension et qu’il était difficile d’imaginer un régime législatif conforme à la Constitution dans lequel G ne serait pas dispensé de l’obligation de s’inscrire au registre. L’exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour

¹⁰ Under the previous version of s. 490.012(4) of the *Criminal Code*, in effect until 2011, courts considered a number of relevant factors when deciding whether to refuse to make an initial order requiring compliance with *SOIRA*, such as the nature of the offence, the offender’s risk to reoffend, the offender’s criminal record, the impact on the offender’s privacy and liberty interests, stigmatizing effects registration may have, and other matters relating to the offender’s present and future personal circumstances (see *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, at paras. 65-70; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at paras. 30-31). Though the discretion not to make a compliance order under s. 490.012(4) has been removed, the wording in that provision is very similar to that of ss. 490.016(1) and 490.023(2) (*Martin’s Annual Criminal Code*, by M. Henein, M. Rosenberg and E. L. Greenspan (2019), at pp. 1018-19). The only difference since 2011 is that the current provisions refer to effectively *preventing* crimes of a sexual nature in addition to effectively investigating them.

¹⁰ Sous le régime de la version du par. 490.012(4) du *Code criminel* qui était en vigueur jusqu’en 2011, les tribunaux ont tenu compte de plusieurs facteurs pertinents au moment de décider de rendre ou non une ordonnance initiale de conformité à la *LERDS*, tels que la nature de l’infraction, le risque de récidive du délinquant, le casier judiciaire du délinquant, l’effet sur les droits à la vie privée et à la liberté du délinquant, les effets stigmatisants que pourrait avoir l’enregistrement, ainsi que d’autres facteurs liés à la situation personnelle actuelle et future du délinquant (voir *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, par. 65-70; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 30-31). Bien que le pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre une ordonnance de conformité à la *Loi* qui était conféré aux tribunaux en vertu du par. 490.012(4) ait été supprimé, le libellé de cette disposition ressemble beaucoup à celui des par. 490.016(1) et 490.023(2) (*Martin’s Annual Criminal Code*, par M. Henein, M. Rosenberg et E. L. Greenspan (2019), p. 1018-1019). La seule différence depuis 2011, c’est que les dispositions actuelles traitent de la *prévention* efficace des crimes de nature sexuelle en plus d’enquêtes efficaces sur ceux-ci.

significant risk of committing a serious criminal offence 17 years ago. His record since his release has been spotless and there is no indication that he poses a risk to public safety. An exemption would ensure he receives an effective remedy — nearly six years have passed since he filed his notice of application and his case has been argued in three levels of court. He should not be denied the benefit of his success on the constitutional merits.

[183] The individual exemption to the suspension by definition lasts only as long as the suspension by itself. Whether G will be caught by new legislation, while highly unlikely, will depend on whether he comes within its terms. Courts cannot grant an exemption to legislation that has not yet been enacted, because they cannot predict the outcome of the legislative process.

VII. Conclusion

[184] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[185] ROWE J. — I agree with Justices Côté and Brown regarding s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (at paras. 221-24), and regarding the general approach to ordering an individual exemption under s. 24(1) from the suspended effect of a declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* (interspersed among paras. 273-93).

[186] On the proper approach to suspending a declaration of invalidity under s. 52(1), however, I would reaffirm *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. As the Court stated in that case, a declaration of invalidity should be suspended only in certain circumstances, where: (1) an immediate declaration of invalidity would pose a potential danger to the

commande une certaine retenue. La Commission, un tribunal spécialisé, a établi il y a 17 ans qu'il n'y avait pas de risque important que G commette une infraction criminelle grave. Depuis sa remise en liberté, il n'a rien à se reprocher et rien n'indique qu'il présente un risque pour la sécurité du public. Une exemption ferait en sorte qu'il bénéficie d'une réparation efficace — près de six années se sont écoulées depuis qu'il a déposé son avis de demande et sa cause a été plaidée devant trois instances. Il ne devrait pas être privé de l'avantage d'avoir eu gain de cause sur le fond de ses contestations constitutionnelles.

[183] Par définition, la durée de l'exemption individuelle de la suspension correspond à la durée de la suspension. La réponse à la question de savoir si G sera visé par une nouvelle loi, quoique très peu probable, dépendra de son assujettissement aux modalités de cette loi. Les tribunaux ne peuvent pas dispenser des individus de l'application d'une loi qui n'a pas encore été adoptée, car ils ne peuvent pas prédire l'issue du processus législatif.

VII. Conclusion

[184] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[185] LE JUGE ROWE — Je suis d'accord avec les juges Côté et Brown en ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 221-224) et la démarche générale qu'ils proposent lorsqu'il s'agit d'accorder, en vertu du par. 24(1), une exemption individuelle de la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité prononcée au titre du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (renvois aux par. 273-293).

[186] Toutefois, en ce qui a trait à la méthode qu'il convient d'employer pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité en vertu du par. 52(1), je suis d'avis de confirmer une fois de plus l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Comme notre Cour l'a déclaré dans cet arrêt, l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait être suspendu que dans l'un ou

public; (2) it would otherwise threaten the rule of law; or (3) the law is underinclusive and the court cannot determine properly whether to cancel or extend its benefits, but rather should provide an opportunity for the legislature to decide that. I would not treat these categories as closed. Nor would I abandon them in favour of some loosely defined exercise of discretion. Rather, they should be extended only where an immediate declaration would infringe some constitutional principle.

[187] The Court should depart from a precedent such as *Schachter* only in “compelling circumstances” (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 18). For example, a precedent can be revisited if it is “unsound in principle”, “unworkable and unnecessarily complex to apply”, or if it has “attracted significant and valid judicial, academic, and other criticism” (*Vavilov*, at para. 20).

[188] In recent years, the Court has departed from the approach set out in *Schachter* without sufficient reflection. It has suspended declarations beyond *Schachter*’s categories and without regard to the reasoning underlying those categories. Some suspensions have been ordered without reference to *Schachter*. This gap between theory and practice — between precedent and its application — is noted by Justice Karakatsanis (at paras. 106 and 125) and by Justices Côté and Brown (paras. 233-35).

[189] Such a gap invites reflection. But, that does not mean the precedent should be abandoned, as my colleagues favour. Upon reflection, I would affirm the approach in *Schachter*, as I shall explain.

l’autre des cas suivants, à savoir : (1) la déclaration d’invalidité avec effet immédiat serait susceptible de présenter un danger pour le public; (2) la déclaration menacerait d’une autre manière la primauté du droit; (3) la loi a une portée trop limitative et le tribunal n’est pas en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause sur l’opportunité de l’annuler ou d’accorder des avantages à un groupe non visé par la loi, et devrait plutôt laisser au législateur le soin de trancher la question. À mon avis, ces catégories ne sont pas étanches. Je ne les délaisserais pas non plus au profit de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire vague. Au contraire, il n’y a lieu de les élargir que si une déclaration d’invalidité avec effet immédiat enfreindrait un principe constitutionnel.

[187] La Cour ne devrait s’écarter de précédents comme l’arrêt *Schachter* que s’il existe des « circonstances convaincantes » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 18). Par exemple, la Cour peut revoir des précédents s’ils sont « non fondés en principe », s’ils sont « inapplicables et indûment complexes » ou s’ils se sont « attirés d’importantes critiques valables, notamment judiciaires et doctrinales » (*Vavilov*, par. 20).

[188] Ces dernières années, la Cour a, sans réflexion suffisante, rompu avec l’approche énoncée dans l’arrêt *Schachter*. Elle a suspendu l’effet de déclarations dans d’autres situations que celles prévues par les catégories de l’arrêt *Schachter*, et ce, sans tenir compte du raisonnement à la base de ces catégories. Dans certains cas, des suspensions ont été prononcées sans même renvoyer à l’arrêt *Schachter*. Ce fossé entre la théorie et la pratique — entre les précédents et leur application — est constaté tant par la juge Karakatsanis (par. 106 et 125) que par les juges Côté et Brown (par. 233-235).

[189] Pareil fossé donne matière à réflexion. Cela ne signifie pas pour autant qu’il faudrait abandonner le précédent en question, comme le préconisent mes collègues. Après y avoir réfléchi, je confirmerais l’approche suivie dans l’arrêt *Schachter*, pour les raisons que je vais expliquer.

I. Schachter Is Sound in Principle

[190] *Schachter* is grounded in a view that suspended declarations of invalidity need be reserved for exceptional circumstances, as s. 52(1) does not imbue courts with a remedial discretion. The starting point for reflecting on *Schachter* is whether that interpretation of s. 52(1) is sound.

[191] In line with the purposive approach to constitutional interpretation, the language of s. 52(1) needs to be understood in the context of the character and larger objects of the *Constitution Act, 1982* (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, at paras. 178-85, per Rowe J.; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 39).

[192] Aside from the circumstance of unlawfully obtained evidence (s. 24(2)), the *Constitution Act, 1982*, provides two remedies for unlawful state action. The contrast between these is instructive:

- a) Where rights or freedoms have been infringed, s. 24(1) states that a court may provide “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. It is “difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion” (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965).
- b) An individual who complains not of a particular infringement but of an unconstitutional law can seek a remedy under s. 52(1). Unlike s. 24(1), s. 52(1) refers neither to judicial process, nor to discretion. Rather, a law that is inconsistent with the Constitution “is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”.

[193] Thus, while under s. 24(1) the courts have wide discretion to craft remedies for specific

I. L’arrêt *Schachter* est bien fondé sur le plan des principes

[190] L’arrêt *Schachter* repose sur l’idée que la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité doit être réservée à des cas exceptionnels, vu que le par. 52(1) ne confère pas aux tribunaux de pouvoir discrétionnaire de réparation. Le point de départ de toute réflexion sur l’arrêt *Schachter* consiste à se demander si l’interprétation du par. 52(1) est bien fondée.

[191] Conformément à l’approche téléologique en matière d’interprétation de la Constitution, le libellé du par. 52(1) doit être interprété eu égard à la nature et aux objets plus généraux de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 178-185, le juge Rowe; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 39).

[192] Hormis la situation dans laquelle une preuve a été obtenue illégalement (par. 24(2)), la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit deux réparations en cas d’actes illégaux de l’État. Le contraste entre ces deux réparations est instructif :

- a) Le paragraphe 24(1) prévoit qu’en cas de violation de droits ou libertés, le tribunal peut accorder « la réparation [qu’il] estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Il est « difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965).
- b) Le justiciable qui se plaint, non pas d’une violation en particulier, mais de l’existence d’une loi inconstitutionnelle, peut demander réparation en vertu du par. 52(1). Contrairement au par. 24(1), le par. 52(1) ne parle ni du processus judiciaire ni de pouvoir discrétionnaire. Il prévoit plutôt que la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles » de toute autre loi.

[193] Ainsi, alors qu’en vertu du par. 24(1), les tribunaux disposent d’un vaste pouvoir discrétionnaire

infringements, no such discretion is conferred under s. 52(1) with respect to unconstitutional laws. The rationale for this dichotomy can be seen in the language of s. 1: “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The power to limit constitutional rights has been entrusted to the legislatures rather than to the courts.

[194] On a purposive interpretation, the absence of remedial discretion in s. 52(1) is no oversight. The *Constitution Act, 1982*, does not give courts a choice as to whether to give effect to Canadians’ right to be free from unconstitutional laws. The Constitution is not an equitable remedy or a writ of grace that lies in the favour of the courts. It confers rights of which Canadians are entitled to immediate protection. But the *Constitution Act, 1982*, is not the whole Constitution.

[195] The *Constitution Act, 1982*’s first decade revealed situations in which this immediate approach to s. 52(1), unqualified, would cause conflict with other constitutional principles. An immediate declaration of invalidity in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, would have threatened the rule of law. An immediate declaration of invalidity in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, would have posed a potential danger to the public, thereby depriving Canadians of the protection of the law, which is an aspect of the rule of law. In these cases, resolution of the conflict between competing constitutional principles called for a suspended declaration.

[196] As well, *Schachter* addressed an ambiguity latent within s. 52(1). When a law offers an

qui leur permet d’élaborer des réparations pour des violations spécifiques, aucun pouvoir discrétionnaire semblable ne leur est conféré par le par. 52(1) en ce qui concerne les lois inconstitutionnelles. Le libellé de l’article premier illustre la raison d’être de cette dichotomie : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. » Le pouvoir de limiter des droits constitutionnels a été confié au législateur et non aux tribunaux.

[194] Selon une interprétation téléologique, l’absence de pouvoir discrétionnaire en matière de réparation au par. 52(1) n’est pas attribuable à un oubli. La *Loi constitutionnelle de 1982* ne donne pas aux tribunaux le choix de donner ou non effet au droit des Canadiens d’être à l’abri des lois inconstitutionnelles. La Constitution n’est pas une réparation en equity ou un bref de complaisance que les tribunaux peuvent accorder selon leur bon plaisir. La Constitution confère des droits pour lesquels les Canadiens peuvent exiger une protection immédiate. Mais la Constitution ne se résume pas à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[195] Les dix premières années de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont fait ressortir des situations dans lesquelles une application sans nuance et immédiate du par. 52(1) créerait des conflits avec d’autres principes constitutionnels. Ainsi, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, le prononcé d’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat aurait compromis la primauté du droit. De même, dans l’affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le prononcé d’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat aurait constitué un danger potentiel pour le public, privant ainsi les Canadiens de la protection de la loi, ce qui constitue un des aspects de la primauté du droit. Dans ces affaires, la résolution du conflit entre des principes constitutionnels divergents exigeait que le tribunal suspende l’effet de la déclaration d’invalidité.

[196] L’arrêt *Schachter* portait lui aussi sur une ambiguïté latente dans le par. 52(1). Lorsqu’une loi

underinclusive benefit, there may be no unique “extent of the inconsistency” to strike down. It might be possible to render the scheme constitutional by severing words (*R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711), reading in words (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493), reading down the scheme (*Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401), or striking down the scheme altogether.

[197] Because the appropriate remedy cannot always be discerned by a court in situations of underinclusive benefits, the supremacy of the legislature as a constitutional principle legitimately comes to bear; a declaration of suspended invalidity provides an opportunity for this to be given effect. For example, *Schachter* concerned a *financial* benefit that was available to adoptive parents, but not to natural parents. Reading in natural parents would have massively expanded and transformed the benefit, causing the Court (as Chief Justice Lamer noted) to act beyond its proper institutional role. Conversely, striking the benefit down altogether would have harmed many adoptive parents without benefiting the plaintiffs. A suspension of the declaration of invalidity ensured that the legislation would be made constitutional, but left the means of so doing to Parliament.

[198] The remark in *Schachter* that the decision to suspend a s. 52(1) remedy turns on “the effect of an immediate declaration on the public” rather than “considerations of the role of the courts and the legislature” (p. 717) must be understood in this context. Institutional considerations by themselves do not provide a constitutional basis for a suspension. Rather, it is only in a situation of underinclusiveness where the proper s. 52(1) remedy is unclear that such institutional considerations may have an effect

accorde des avantages dont la portée est trop limitative, il se peut qu’elle ne comporte pas de « dispositions incompatibles » à invalider. Il pourrait être possible de rendre le régime constitutionnel en dissociant des termes de la loi (*R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711), en procédant à une interprétation large par insertion de mots (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493), en donnant une interprétation atténuée au régime (*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401), ou en invalidant purement et simplement le régime.

[197] Puisque le tribunal n’est pas toujours en mesure de discerner la réparation appropriée lorsqu’une loi accorde des avantages trop limitatifs, le principe constitutionnel de la suprématie du législateur entre légitimement en jeu; la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité offre une occasion de donner effet à ce principe. Par exemple, l’affaire *Schachter* concernait une prestation *financière* à laquelle avaient droit les parents adoptifs, mais non les parents biologiques. Introduire par interprétation large les parents biologiques dans le champ d’application de la disposition contestée aurait considérablement élargi la portée de cette prestation et l’aurait complètement transformée, ce qui aurait amené notre Cour (comme le juge en chef Lamer l’a fait observer) à déborder le cadre de son rôle institutionnel. En revanche, l’annulation complète de la prestation aurait causé du tort à de nombreux parents adoptifs sans pour autant bénéficier aux demandeurs. En suspendant l’effet de la déclaration d’invalidité, la Cour s’est assurée que la loi puisse être rendue constitutionnelle tout en laissant au législateur le soin de décider des moyens à mettre en œuvre pour ce faire.

[198] Pour bien comprendre l’observation formulée dans l’arrêt *Schachter* selon laquelle la décision de suspendre une réparation accordée en vertu du par. 52(1) dépend de « l’effet d’une déclaration d’invalidité sur le public » et non de « considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs » (p. 717), il faut situer ce passage dans ce contexte. Les considérations relatives au rôle institutionnel ne sont pas des assises constitutionnelles qui permettent à elles seules de prononcer une suspension. Ce n’est

on whether to order a suspension, as indeed was the case in *Schachter* (pp. 721-24).

[199] In this view, the *Schachter* categories exemplify circumstances in which countervailing constitutional principles constitute a valid basis to suspend an immediate declaration of invalidity that would otherwise follow by virtue of s. 52(1). While in my view the three categories are not exhaustive, a court should suspend a declaration of invalidity only if there is a constitutional basis for doing so. By necessary implication, the inherent jurisdiction of a court is not a sound or sufficient legal basis to depart from the immediate effect of s. 52(1).

II. *Schachter* Can Be Workable

[200] While the Court has departed from *Schachter*, this does not indicate that there are conceptual flaws with the approach in *Schachter*. I say this mindful of cases such as *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, in which this Court struck down offences relating to sex work. Chief Justice McLachlin indicated that “[w]hether immediate invalidity would pose a danger to the public or imperil the rule of law . . . may be subject to debate”, but suspended the declaration because “moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians” (para. 167). Was a suspension legally justified in *Bedford*? I am not confident that the concerns noted by the Chief Justice constitute a valid legal basis for continuing to subject Canadians to laws rendered unconstitutional by virtue of s. 52(1).

que dans une situation de portée trop limitative où la réparation convenable à accorder en vertu du par. 52(1) est incertaine que de telles considérations institutionnelles peuvent avoir une incidence sur l’opportunité de prononcer une suspension, comme ce fut effectivement le cas dans *Schachter* (p. 721-724).

[199] Dans cette optique, les catégories établies dans l’arrêt *Schachter* illustrent les circonstances dans lesquelles des principes constitutionnels faisant contrepoids constituent une raison valable de suspendre la déclaration d’invalidité avec effet immédiat qui serait sinon prononcée en vertu du par. 52(1). Bien qu’à mon avis, ces trois catégories ne soient pas exhaustives, le tribunal ne devrait suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité que si un motif constitutionnel lui permet de le faire. Il en découle nécessairement que la compétence inhérente du tribunal ne constitue pas un fondement juridique valable ou suffisant pour écarter l’effet immédiat du par. 52(1).

II. L’arrêt *Schachter* est applicable

[200] Même si notre Cour s’est écartée de l’arrêt *Schachter*, il ne faut pas pour autant en conclure que l’approche suggérée dans l’arrêt *Schachter* est entachée de lacunes sur le plan conceptuel. Cela dit, je n’oublie pas les arrêts comme *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, dans lequel notre Cour a invalidé des infractions relatives au travail du sexe. Expliquant qu’« [i]l peut y avoir controverse quant à savoir si l’invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit », la juge en chef McLachlin a néanmoins suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité parce que « passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens » (par. 167). La suspension était-elle légalement justifiée dans l’affaire *Bedford*? Je ne suis pas certain que les inquiétudes relevées par la juge en chef constituent un fondement juridique valable pour continuer d’assujettir des Canadiens à des dispositions législatives rendues inconstitutionnelles par application du par. 52(1).

[201] Nor have the *Schachter* categories proved unworkable or difficult to apply in practice. Academics have had little difficulty identifying cases in which the Court has departed from *Schachter* (B. Ryder, “Suspending the Charter” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267; C. Mouland, “Remedying the Remedy: *Bedford’s* Suspended Declaration of Invalidity” (2018), 41 *Man. L.J.* 281, at pp. 289-90; L. Weinrib, *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, August 21, 2006 (online); R. Leckey, “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *ICON* 584; S. Burningham, “A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201; G. R. Hoole, “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107).

[202] In the six years after *Schachter*, its categories were applied without difficulty. According to Ryder’s count, only two out of sixteen s. 52(1) remedies were suspended (Ryder, at pp. 294-97). *Schachter* did not prove unworkable in practice; the problem was that it was too often honoured in the breach. It had been tested, it had worked well, and it can continue to do so.

III. Alternative Approaches Are Not Preferable

[203] Justice Karakatsanis suggests that the *Schachter* categories be replaced by what she calls a “principled discretion”. This is distinguished from what she refers to as “complete discretion” by four principles:

- A. *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies.
- B. The public has an interest in the constitutional compliance of legislation.
- C. The public is entitled to the benefit of legislation.

[201] Les catégories établies dans l’arrêt *Schachter* ne se sont pas non plus avérées difficiles ou impossibles à appliquer en pratique. Les auteurs n’ont pas eu de difficulté à relever les décisions dans lesquelles notre Cour s’est écartée de l’arrêt *Schachter* (B. Ryder, « Suspend the Charter » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267; C. Mouland, « Remedying the Remedy : *Bedford’s* Suspended Declaration of Invalidity » (2018), 41 *Man. L.J.* 281, p. 289-290; L. Weinrib, *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, 21 août 2006 (en ligne); R. Leckey, « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *ICON* 584; S. Burningham, « A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201; G. R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107).

[202] Au cours des six années qui ont suivi le prononcé de l’arrêt *Schachter*, les catégories établies dans ce dernier ont été appliquées sans problème. Selon les calculs de Ryder, seulement deux des seize réparations accordées en vertu du par. 52(1) ont été suspendues (Ryder, p. 294-297). L’arrêt *Schachter* ne s’est pas avéré inapplicable en pratique; le problème vient du fait qu’on a trop souvent refusé de l’appliquer. Il a été mis à l’épreuve, il a donné de bons résultats et il peut continuer à en donner.

III. Les autres approches proposées ne sont pas préférables

[203] La juge Karakatsanis suggère de remplacer les catégories de l’arrêt *Schachter* par ce qu’elle appelle un « pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes », lequel se distingue de ce qu’elle appelle un « pouvoir discrétionnaire absolu » en raison des quatre principes suivants :

- A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l’octroi de réparations efficaces.
- B. Il est dans l’intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.

D. Courts and legislatures play different institutional roles (para. 94).

[204] I take no issue with these four statements. But, they lack analytic structure. Rather, they are so indeterminate and truistic as to provide no meaningful guidance. While they are compatible with the Court's uneven jurisprudence, they are equally compatible with very different choices. They present less a constraint on judicial discretion than a vocabulary for justifying *ad hoc* decisions.

[205] My colleague says that a "principled" approach is better as it requires justification. This is not persuasive. All decisions require justification. Whether the framework is expressed using principles or categories, what is at issue is whether it constrains discretion — as the *Schachter* framework does — or whether in reality it throws open the door to judicial fiat. I am concerned that the discretionary approach Justice Karakatsanis advocates will lead to a continuation of current trends, in which declarations of invalidity are suspended in a way that varies with the length of the Chancellor's foot.

[206] More fundamentally, I see no legitimate basis to read remedial discretion into s. 52(1). The provision admits of no such discretion. Rather, it is only by virtue of competing constitutional principles or ambiguity within s. 52(1) itself that one can justify suspending a declaration of invalidity. Statutes that are inconsistent with the Constitution are of no effect. Nothing can revive them. The only basis on which they can be ordered to be enforced notwithstanding their illegality is that to declare them to be immediately illegal would offend some other constitutional principle. Courts have no inherent authority to make legal that which is not. In this I differ fundamentally with my colleague.

D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents (para. 94).

[204] Je n'ai rien à redire sur ces quatre affirmations. Mais elles sont mal structurées sur le plan analytique. Elles sont en fait tellement vagues et évidentes qu'elles ne nous offrent aucune ligne directrice utile. Bien qu'elles soient conciliables avec la jurisprudence inconstante de notre Cour, elles sont tout aussi compatibles avec les options les plus différentes qui soient. Elles ne servent pas tant à limiter l'exercice, par les tribunaux, de leur pouvoir discrétionnaire qu'à proposer un vocabulaire pour justifier des décisions ponctuelles.

[205] Ma collègue affirme qu'une méthode « fondée sur des principes » est préférable car elle exige une justification. Cette thèse n'est pas convaincante. Toute décision doit être justifiée. Que le cadre d'analyse soit formulé au moyen de principes ou de catégories, ce qui est en jeu, c'est de savoir s'il restreint le pouvoir discrétionnaire — comme le fait le cadre énoncé dans *Schachter* — ou s'il ouvre en réalité la porte à l'arbitraire des tribunaux. Je crains que l'approche axée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui est préconisée par la juge Karakatsanis ne contribue qu'à maintenir la tendance actuelle, selon laquelle on suspend l'effet de déclarations d'invalidité de façon totalement arbitraire.

[206] Plus fondamentalement, je ne vois aucune raison légitime d'intégrer, par voie d'interprétation, un pouvoir discrétionnaire de réparation au par. 52(1). La disposition n'admet pas l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire. Au contraire, ce n'est qu'en raison de l'existence de principes constitutionnels opposés ou de l'ambiguïté du par. 52(1) lui-même que l'on peut justifier la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité. Les lois incompatibles avec la Constitution sont inopérantes. Rien ne peut les faire revivre. La seule condition à laquelle on peut en ordonner l'application nonobstant leur illégalité est que les déclarer telles sur-le-champ irait à l'encontre d'un autre principe constitutionnel. Les tribunaux n'ont pas compétence inhérente pour rendre légal ce qui ne l'est pas. À cet égard, je diffère fondamentalement d'opinion avec ma collègue.

[207] My colleague writes at paras. 120-21:

While s. 52(1) does not explicitly provide the authority to suspend a declaration, in adjudicating constitutional issues, courts “may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada” (*Manitoba Language Rights*, at p. 752; see also *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342 at para. 52). [Footnote omitted]

The power to suspend the effect of a declaration of invalidity should be understood to arise from accommodation of broader constitutional considerations and is included in the power to declare legislation invalid. . . .

She also writes, at para. 85, that “[a] general declaration pursuant to courts’ statutory or inherent jurisdiction is the means by which they give full effect to the broad terms of s. 52(1)”.

[208] Respectfully, I disagree. This suggests that Superior Courts possess a form of inherent authority sufficient to override express provisions of the Constitution. On occasion courts have been called on to answer questions concerning the relationship of institutions of the state for which no answer is provided in the written Constitution, e.g. in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. On such rare and exceptional occasions courts “may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada”, which might be called structural analysis. But, in such instances, courts provide an answer as to the authority of the legislature or the executive where the written Constitution is silent. Where the Constitution is explicit, as s. 52(1) is, more is required. The power to suspend a declaration of invalidity is not “included” in s. 52(1); rather, it contradicts s. 52(1). Thus, in order to justify a suspension, one must rely on a countervailing constitutional principle.

[207] Ma collègue écrit, aux par. 120 et 121 :

Même si le par. 52(1) ne confère pas explicitement le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration, dans les décisions constitutionnelles, les tribunaux « peu[ven]t tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 752; voir aussi *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52). [Note de bas de page omise.]

Le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être perçu comme découlant de la prise en compte de considérations constitutionnelles générales et ce pouvoir est compris dans celui de déclarer une loi invalide. . . .

Elle écrit aussi, au par. 85, que « [l]es tribunaux ont plutôt le pouvoir de prononcer une déclaration générale conformément à la compétence légale ou inhérente dont ils sont investis pour donner aux termes généraux du par. 52(1) leur plein effet ».

[208] En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Cela donne à penser que les cours supérieures jouissent d’une forme de compétence inhérente suffisante pour écarter des dispositions expresses de la Constitution. Les tribunaux ont parfois été appelés à répondre à des questions sur la relation entre des institutions étatiques, des questions auxquelles on ne trouve pas de réponse dans la Constitution écrite, p. ex. dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Lors d’occasions aussi rares et exceptionnelles, les tribunaux « peu[ven]t tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada », ce que l’on pourrait appeler une analyse structurelle. Mais en pareil cas, les tribunaux donnent une réponse au sujet du pouvoir du législateur ou de l’exécutif lorsque la Constitution écrite est muette sur ce point. Si la Constitution est explicite, comme au par. 52(1), il en faut davantage. Le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité n’est pas « compris » dans le par. 52(1); il contredit plutôt cette disposition. Par conséquent, il faut s’appuyer sur un principe constitutionnel faisant contrepoids pour justifier une suspension.

[209] As for Justices Côté and Brown’s approach, the rule of law is not the only constitutional principle that can justify suspending a declaration of invalidity. Notably, on a purposive interpretation, underinclusive benefits call for a court to order a suspension so as to give proper place to the legislature in framing a remedy.

IV. Applying *Schachter*

[210] In this case, the declaration of invalidity was suspended on the basis of public safety concerns.

[211] The analysis above suggests that courts cannot suspend a declaration of invalidity simply because an immediate declaration might create some risk to public safety. Rather, the risk to public safety must be sufficient to infringe the constitutional principle of the rule of law, so that the court is forced to reconcile two conflicting constitutional principles.

[212] The threshold for suspending a declaration of invalidity can be illustrated by the cases in which the Court has invoked the public safety rationale. In *Swain*, the Court struck down the power to detain accused who were acquitted “by reason of insanity”, as it was phrased at the time. In *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, the Court struck down the scheme for detaining those found unfit to stand trial. In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, the Court struck down a scheme for detaining foreign nationals or permanent residents on grounds of security.

[213] In all three cases, an immediate declaration would have released individuals who were held in custody because they posed a danger to public safety. The risk to public safety was high, as would

[209] Quant à l’approche des juges Côté et Brown, la primauté du droit n’est pas le seul principe constitutionnel susceptible de justifier la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Notamment, selon une interprétation téléologique, l’existence d’avantages trop limitatifs exige que le tribunal ordonne la suspension afin de donner au législateur la place qui lui revient dans l’élaboration d’une réparation.

IV. Application de l’arrêt *Schachter*

[210] En l’espèce, l’effet de la déclaration d’invalidité a été suspendu pour des raisons de sécurité publique.

[211] L’analyse qui précède suggère que les tribunaux ne peuvent suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité simplement parce qu’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat pourrait créer un certain risque pour la sécurité publique. Le risque pour la sécurité publique doit être suffisamment élevé pour transgresser le principe constitutionnel de la primauté du droit, de sorte que le tribunal est forcé de concilier deux principes constitutionnels opposés.

[212] On peut illustrer en quoi consiste le critère minimal à satisfaire pour pouvoir suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité en se reportant aux décisions dans lesquelles notre Cour a invoqué la sécurité publique pour justifier une telle mesure. Dans l’arrêt *Swain*, notre Cour a invalidé le pouvoir de détenir les prévenus acquittés « pour cause d’aliénation mentale », pour reprendre l’expression employée à l’époque. Dans l’arrêt *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, la Cour a invalidé le régime permettant de détenir des accusés inaptes à subir leur procès. Dans l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, la Cour a invalidé un régime permettant de détenir des étrangers ou des résidents permanents pour raison de sécurité.

[213] Dans ces trois affaires, le prononcé d’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat aurait donné lieu à la libération de personnes qui étaient détenues au motif qu’elles présentaient un danger

be expected to justify reading into the Constitution a discretion to suspend a declaration of invalidity.

[214] In this case, neither party focused their submissions on the suspension. In addition, this Court refused to stay the 12-month suspension (*Ontario (Attorney General) v. G*, 2019 SCC 36, [2019] 2 S.C.R. 990), which thus expired on April 4, 2020, rendering the issue moot. In the circumstances, there is no cause to decide whether the declaration was properly suspended.

[215] The issue of the exemption order is also moot. The respondent does not need to be exempted from legislation that is already of no force or effect. As a result, although I am in substantial agreement with the approach to individual exemptions set out by Justices Côté and Brown, there is no cause to decide whether the individual exemption was rightly ordered.

V. Conclusion

[216] Rather than departing from *Schachter* and replacing it with another approach, I would affirm it, with the explanations that I have set out above.

[217] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting in part) —

I. Overview

[218] While we agree with our colleague Karakatsanis J.'s conclusion that *Christopher's Law* infringes Mr. G's *Charter* right to equal treatment under the law, we write separately to constitutionally ground the usage of suspended declarations

pour la sécurité publique. Le risque pour la sécurité publique était élevé, comme il se devait de l'être afin de justifier que l'on introduise par interprétation large dans la Constitution un pouvoir discrétionnaire permettant de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité.

[214] Dans le cas qui nous occupe, aucune des parties n'a axé son argumentation sur la suspension. De plus, notre Cour a refusé de surseoir au jugement décrétant une suspension de 12 mois (*Ontario (Procureure générale) c. G*, 2019 CSC 36, [2019] 2 R.C.S. 990), qui est donc venue à expiration le 4 avril 2020, rendant théorique la question. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de décider si l'effet de la déclaration a été suspendu à bon droit.

[215] La question de l'ordonnance d'exemption est également sans objet. L'intimé n'a pas besoin d'être exempté d'une loi qui est déjà inopérante. Par conséquent, bien que je souscrive pour l'essentiel à l'approche proposée par les juges Côté et Brown en matière d'exemptions individuelles, j'estime qu'il n'y a pas lieu de décider si l'exemption individuelle a été accordée à bon droit en l'espèce.

V. Dispositif

[216] Plutôt que de s'écarter de l'arrêt *Schachter* et de le remplacer par une autre approche, je suis d'avis de le confirmer pour les motifs que j'ai exposés précédemment.

[217] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents en partie) —

I. Vue d'ensemble

[218] Bien que nous souscrivions à la conclusion de notre collègue la juge Karakatsanis suivant laquelle la *Loi Christopher* porte atteinte au droit à l'égalité de traitement devant la loi que la *Charte* reconnaît à M. G, nous rédigeons des motifs distincts

of invalidity in a way our colleague does not. In our view, suspended declarations of invalidity — which allow for the ongoing infringement of *Charter* rights — ought to be granted as a measure of last resort, and only to protect the rule of law. Relatedly, we respectfully disagree with our colleague that this Court’s remedial jurisprudence since *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, “has come to coalesce around a group of core remedial principles” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 82). To the contrary, our reading of this Court’s jurisprudence reveals none of the principles our colleague identifies. Instead, unmoored from the rule of law, it has produced inconsistent and unprincipled results. A return to first principles is necessary.

[219] Our colleague would also grant Mr. G an individual exemption from the suspended declaration. With respect, doing so here would exceed the institutional competence of this Court and intrude into legislative domain.

[220] For the reasons that follow, we would uphold the 12-month suspension of the declaration of invalidity. We would not, however, grant the respondent an individual exemption.

II. Section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[221] Before we embark on our discussion of remedy, we offer these observations on our colleague’s treatment of s. 15(1) of the *Charter*.

[222] In our view, the s. 15(1) issue is easily disposed of. *Christopher’s Law (Sex Offender Registry)*, 2000, S.O. 2000, c. 1 (“*Christopher’s Law*”), draws a distinction between persons found not criminally responsible on account of mental disorder (“NCRMD”)

pour asseoir constitutionnellement le recours à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité d’une façon différente de notre collègue. À notre avis, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité — qui permet à une atteinte aux droits garantis par la *Charte* de perdurer — ne devrait être accordée qu’en dernier ressort, et uniquement pour protéger la primauté du droit. Dans le même ordre d’idées, nous ne partageons pas l’avis de notre collègue suivant lequel la jurisprudence de notre Cour en matière de réparation a, depuis l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, « intégré un groupe de principes fondamentaux en matière de réparation » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 82). Nous estimons, au contraire, que la jurisprudence de notre Cour ne révèle l’existence d’aucun des principes invoqués par notre collègue. Sans aucun lien avec la primauté du droit, cette jurisprudence a plutôt donné lieu à des décisions incohérentes et non fondées sur des principes. Un retour aux principes premiers est nécessaire.

[219] Notre collègue accorderait également à M. G une exemption individuelle de la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité. Avec égards, si notre Cour accordait une telle exemption en l’espèce, elle excéderait sa compétence institutionnelle et empiéterait sur le domaine législatif.

[220] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de confirmer la suspension, pour 12 mois, de l’effet de la déclaration d’invalidité. Nous n’accorderions cependant pas d’exemption individuelle à l’intimé.

II. Paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

[221] Avant d’entamer notre analyse des réparations, nous tenons à formuler les observations suivantes au sujet de la façon dont notre collègue aborde le par. 15(1) de la *Charte*.

[222] À notre avis, il est facile de trancher la question du par. 15(1). La *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, c. 1 (« *Loi Christopher* »), établit une distinction entre les personnes déclarées non responsables criminellement

and persons found guilty. And that distinction exacerbates pre-existing disadvantage by perpetuating the stereotype that persons with mental illness are inherently dangerous (*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20). Persons found guilty have several “exit ramps” leading away from the obligation to comply with *Christopher’s Law’s* sex-offender registry: a conditional or absolute discharge under s. 730 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, a pardon, or a record suspension (*Christopher’s Law*, ss. 1(1) “offender” and “pardon”, 7(4) and 9.1). Persons found NCRMD, by contrast, do not, even where the Ontario Review Board determines that they no longer pose a significant threat to public safety and grants them an absolute discharge. As a result, those persons found NCRMD in respect of more than one sex offence, or in respect of a sex offence with a maximum sentence of more than 10 years, must — categorically and without exception — comply with *Christopher’s Law* for the rest of their lives (s. 7(1)(b) and (c)). This constitutes differential treatment on the basis of an enumerated ground: mental disability. The proper remedy is to require the legislature to provide persons found NCRMD who have been absolutely discharged with an *opportunity* for exemption and removal from the *Christopher’s Law* registry.

[223] This disposes fully of the merits of the s. 15(1) issue. Our colleague, however, goes further, and in extensive *obiter dicta* discusses adverse-effects discrimination and “substantive equality” (paras. 41-69). Her doctrinal statements are not remotely relevant to the issues raised by this appeal, especially considering this is not an adverse-effects case. The distinction in this case is facially apparent: *Christopher’s Law* explicitly states that persons

pour cause de troubles mentaux et les personnes reconnues coupables. Et cette distinction accentue un désavantage préexistant en perpétuant le stéréotype selon lequel les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses (*Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20). Les personnes déclarées coupables disposent de plusieurs « voies de sortie » qui leur permettent d’être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre des délinquants sexuels instauré par la *Loi Christopher* : si elles reçoivent une absolution conditionnelle ou une absolution inconditionnelle en vertu de l’art. 730 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ou si elles obtiennent un pardon ou une suspension de leur casier judiciaire (*Loi Christopher*, par. 1(1) « délinquant » et « pardon », 7(4) et 9.1). En revanche, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux n’ont pas accès à ces mécanismes, même lorsque la Commission ontarienne d’examen juge qu’elles ne représentent plus un risque important pour la sécurité du public et qu’elle leur accorde une libération inconditionnelle. Par conséquent, les personnes déclarées non responsables criminellement, pour cause de troubles mentaux, de plusieurs infractions sexuelles ou d’une infraction sexuelle pour laquelle la peine maximale prévue dépasse dix ans doivent — systématiquement et sans exception — se conformer à la *Loi Christopher* pour le reste de leur vie (al. 7(1)(b) et c)). Ceci constitue une différence de traitement fondée sur un motif énuméré : la déficience mentale. La réparation appropriée consiste à exiger de la législature qu’elle offre aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, qui ont été libérées inconditionnellement, la *possibilité* de bénéficier d’une exemption et d’être retirées du registre prévu par la *Loi Christopher*.

[223] Voilà qui tranche le fond de la question relative au par. 15(1). Notre collègue va toutefois plus loin et, dans une longue opinion en obiter, parle de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable et de « l’égalité réelle » (par. 41-69). Ses affirmations doctrinales n’ont pas le moindre rapport avec les questions soulevées par le présent pourvoi, d’autant plus que la présente affaire n’en est pas une de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. La

found NCRMD — persons with a mental disability — and those who are “convicted” must comply with its registry (ss. 1(1) “offender”, 2 and 8(1)(c)). It then explicitly exempts from compliance with the registry those who have received a pardon, those who have received a record suspension, and those who have received a conditional or absolute discharge under s. 730 of the *Code*. However, a person found NCRMD is ineligible to receive a pardon, a record suspension, or a discharge under s. 730 because they are deemed under the *Code* to have committed no crime (ss. 16(1), 672.1(1), 672.34 and 672.35). A discriminatory result such as this one, that arises from reading two or more statutes together, is not adverse-effects discrimination. In cases of adverse-effects discrimination, the discriminatory law appears facially neutral, and causation is the central issue: whether, in spite of its apparent neutrality, the impugned law augments pre-existing disadvantage in its effect (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 75-76). Consequently, in those cases, the claimant has “more work to do” (*Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 64). Here, there is simply no work to be done nor any causal connection wanting: the statutes, read together, draw a facial distinction on the basis of mental disability.

[224] Thus, our silence on paragraphs 41-69 of our colleague’s reasons should not be taken as tacit approval of their content. We simply do not see them as offering *actual reasons* for her judgment, but “commentary . . . or exposition” instead (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 57).

distinction en l’espèce est à première vue évidente : la *Loi Christopher* prévoit explicitement que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux — des personnes qui sont atteintes d’une déficience mentale — et celles qui ont été « déclarées coupables » doivent se conformer à l’obligation de s’inscrire au registre des délinquants sexuels (par. 1(1) « délinquant », art. 2 et al. 8(1)c)). Elle dispense ensuite expressément de cette obligation les personnes qui ont reçu un pardon et celles qui ont obtenu une suspension de leur casier judiciaire ou qui ont été absoutes inconditionnellement ou sous conditions en vertu de l’art. 730 du *Code*. Toutefois, la personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux n’est pas admissible à un pardon, à une suspension de son casier judiciaire ou à une absolution en vertu de l’art. 730 parce qu’elle est réputée, en application du *Code*, n’avoir commis aucun crime (par. 16(1) et 672.1(1), art. 672.34 et 672.35). Cette situation discriminatoire, qui résulte de l’interprétation conjointe de deux ou de plusieurs lois, ne constitue pas de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Dans le cas d’une discrimination par suite d’un effet préjudiciable, la loi discriminatoire semble à première vue neutre et la question centrale est celle du lien de causalité : il s’agit de savoir si, en dépit de son apparente neutralité, la loi contestée accentue, de par son effet, un désavantage préexistant (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 75-76). En pareil cas, le demandeur a alors « une tâche plus lourde » (*Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 64). En l’espèce, il n’y a tout simplement aucune tâche à accomplir ni lien de causalité à établir : considérées ensemble, les lois en question établissent à première vue une distinction fondée sur la déficience mentale.

[224] Par conséquent, notre silence au sujet des par. 41 à 69 des motifs de notre collègue ne doit pas être interprété comme une approbation tacite de leur contenu. Nous estimons simplement qu’ils ne constituent pas de *véritables motifs* à l’appui de son jugement, mais qu’il s’agit plutôt de « commentaires [. . .] ou d’exposés » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

III. Suspended Declarations of Invalidity

[225] As we see it, there are three principal reasons why only a threat to the rule of law should warrant a suspended declaration of invalidity. First, this was what the Court envisioned in assuming for the first time the power to issue a suspended declaration in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (“*Manitoba Reference*”). Secondly, the Constitution commands such a result: the text contemplates immediate declarations as the norm, subject only to a rule of law concern. Thirdly, lessons learned in the wake of *Schachter* about the practical implications of suspended declarations reveal why a discretionary approach focused on “remedial principles” is undesirable, and why a constitutional tether to the rule of law is so essential. We will address each point in turn.

A. *The Genesis and Evolution of Suspended Declarations*

[226] To understand the necessarily exceptional quality of suspended declarations, it is helpful to recount the unprecedented circumstances of *Manitoba Reference*. Because Manitoba had failed to enact its legislation in English and French, virtually all of its laws passed over more than nine decades were poised to become invalid. Declaring those laws immediately invalid, however, would have created a “legal vacuum . . . with consequent legal chaos” of intolerable proportions (p. 747). All of Manitoba’s governing bodies created by law including courts, tribunals, public offices, and school boards would have been stripped of legal authority. The composition of the Manitoba Legislature would have been called into question. The legal order that regulated the affairs of Manitobans “since 1890 [would have been] destroyed and [their] rights, obligations and other effects arising under [the unilingual] laws [would have become] invalid and unenforceable” (p. 749;

III. Suspension de l’effet des déclarations d’invalidité

[225] À notre avis, il y a trois principales raisons pour lesquelles une suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est justifiée uniquement lorsque la primauté du droit est menacée. Tout d’abord, c’est le scénario qu’envisageait la Cour lorsqu’elle a exercé pour la première fois le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 (« *Renvoi relatif au Manitoba* »). Deuxièmement, la Constitution commande un tel résultat : son texte prévoit que la règle est le prononcé d’une déclaration avec effet immédiat, sous réserve uniquement d’une préoccupation quant à la primauté du droit. Troisièmement, les leçons tirées dans la foulée de l’arrêt *Schachter* au sujet des répercussions pratiques de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité nous aident à comprendre pourquoi une approche discrétionnaire axée sur les « principes en matière de réparation » n’est pas souhaitable et pourquoi un lien entre la Constitution et la primauté du droit est si essentiel. Nous examinerons à tour de rôle chacun de ces aspects.

A. *Genèse et évolution de la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité*

[226] Pour bien saisir le caractère forcément exceptionnel de la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité, il est utile de rappeler le contexte sans précédent du *Renvoi relatif au Manitoba*. Comme le Manitoba n’avait pas promulgué ses lois en français et en anglais, pratiquement toutes les lois qui avaient été adoptées au cours des 90 années précédentes étaient sur le point d’être invalidées. Toutefois, le fait de déclarer sur-le-champ ces lois invalides aurait créé un « vide juridique [. . .] et le chaos qui s’ensuivra en la matière » d’une ampleur insupportable (p. 747). Tous les organismes manitobains créés par des lois, y compris les tribunaux administratifs ou judiciaires, les titulaires de charges publiques et les commissions scolaires auraient été dépouillés des pouvoirs conférés par ces lois. La composition de la législature du Manitoba aurait été mise en doute. L’ordre juridique qui règlementait les affaires des Manitobains « depuis 1890 [aurait été] détruit et

see also pp. 747-48). An unprecedented “state of emergency” was imminent (p. 766).

[227] In response, the Court created the suspended declaration, modelled after the doctrine of state necessity. The doctrine of state necessity, reserved for exceptional circumstances like an insurrection or forging a new constitution, allows a government temporary reprieve from complying with its constitution in order to address a public emergency and preserve the rule of law (*Manitoba Reference*, at p. 761). By accepting for itself the authority to take similar emergency action, the Court was taking a momentous step, since the precedents on state necessity cited by the Court involved emergency action being taken by the executive or legislative branches, not by courts (pp. 763 and 765-66). Further, for obvious reasons the doctrine of state necessity is potentially dangerous, and must be “severely circumscribe[d]” and “narrowly and carefully applied” in order to constitute an affirmation of, rather than an affront to, the rule of law (M. M. Stavsky, “The Doctrine of State Necessity in Pakistan” (1983), 16 *Cornell Int’l L.J.* 341, at pp. 344 and 342; see also p. 354; *Manitoba Reference*, at pp. 758-59). The line between using the doctrine as a veil for usurpation of authority and using it to safeguard the constitutional order from harm is fine. For this reason, at the core of the doctrine lies the premise that “courts should be reluctant to permit deviations from constitutional norms” (Stavsky, at p. 344).

[228] Recognizing the magnitude of this step and its potential threat to the division of powers and the rule of law, the Court in *Manitoba Reference* tightly constrained the use of suspended declarations. It concluded that a suspended declaration should only be used “in order to preserve the rule of law . . . under conditions of emergency, when it is impossible to comply with” constitutional rights (p. 763 (emphasis

[leurs] droits, obligations et autres effets découlant de ces [lois unilingues seraient devenus] invalides et non exécutoires » (p. 749; voir aussi p. 747-748). Une « situation d’urgence » sans précédent était imminente (p. 766).

[227] La Cour a alors créé le mécanisme de la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité, s’inspirant du principe de l’état de nécessité. Le principe de l’état de nécessité, qui ne s’applique que dans des situations exceptionnelles, comme une insurrection ou l’élaboration d’une nouvelle constitution, permet à un gouvernement d’être dispensé temporairement de respecter sa constitution pour répondre à une situation d’urgence publique et préserver la primauté du droit (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 761). En reconnaissant qu’elle avait le pouvoir de prendre de telles mesures d’urgence, la Cour a franchi un pas important, car les précédents sur l’état de nécessité cités par la Cour portaient sur des mesures d’urgence prises par l’organe exécutif ou l’organe législatif et non par les tribunaux (p. 763 et 765-766). De plus, pour des raisons évidentes, le principe de l’état de nécessité est potentiellement dangereux et doit être [TRADUCTION] « rigoureusement circonscrit [et] strictement et soigneusement appliqué » pour constituer une confirmation de la primauté du droit plutôt qu’une atteinte à cette dernière (M. M. Stavsky, « The Doctrine of State Necessity in Pakistan » (1983), 16 *Cornell Int’l L.J.* 341, p. 344 et 342; voir aussi p. 354; *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 758-759). La distinction entre l’utilisation de ce principe pour dissimuler une usurpation de pouvoir et le fait de s’en servir pour protéger l’ordre constitutionnel de tout danger est subtile. Pour cette raison, au cœur de ce principe réside la prémisse suivant laquelle [TRADUCTION] « les tribunaux devraient hésiter à permettre que l’on déroge à des normes constitutionnelles » (Stavsky, p. 344).

[228] Reconnaissant l’ampleur de cette étape et la menace potentielle qu’elle représentait pour le partage des pouvoirs et la primauté du droit, la Cour a, dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, rigoureusement limité le recours à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité. Elle a conclu que l’on ne devait prendre une telle mesure qu’« afin de préserver la primauté du droit [. . .] en situation d’urgence, lorsqu’il

added)). The operative focus must be whether a “failure to [suspend the declaration] would lead to legal chaos” (p. 766) or, in other words, whether a suspended declaration is necessary “to preserve the rule of law the Constitution was meant to constitute” (B. Ryder, “Suspending the *Charter*” (2003), 21 S.C.L.R. (2d) 267, at p. 268). In short, the Court in *Manitoba Reference* “clearly viewed a temporary suspension of constitutional requirements as extraordinary” (Ryder, at p. 268). It was contingent on the exigency: “to avoid a state of emergency” (*Manitoba Reference*, at p. 763).

[229] Since *Manitoba Reference*, however, this Court has lost its way. The Court now suspends declarations of invalidity almost as a matter of course, often with no justification or attention to the rule of law.¹¹ In our view, most of the cases in which suspended declarations have issued since *Manitoba Reference* do not come close to reaching the high threshold it decreed. Rather, suspended declarations have become this Court’s “remedial instrument of choice”, applied “casually” and as a matter of “routine” or “preference” while affording only “lip service . . . to the dangers of allowing continued violations of *Charter* rights and freedoms” (G. R. Hoole, “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, at pp. 110-11; Ryder, at pp. 271-72 and 280; S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative

¹¹ See, e.g., *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 158; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 103; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79-80; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paras. 32 and 34; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paras. 43 and 46; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 24; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 128.

est impossible d’observer » les droits constitutionnels (p. 763 (nous soulignons)). La question essentielle est celle de savoir si « l’omission de [suspendre l’effet de la déclaration] entraînerait le chaos sur le plan juridique » (p. 766) ou, en d’autres termes, si la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité est nécessaire [TRADUCTION] « pour préserver la primauté du droit que la Constitution est censée incarner » (B. Ryder, « Suspending the *Charter* » (2003), 21 S.C.L.R. (2d) 267, p. 268). Bref, dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, la Cour [TRADUCTION] « a clairement estimé que la suspension temporaire du respect des exigences constitutionnelles était une mesure exceptionnelle » (Ryder, p. 268) subordonnée à l’impératif « d’éviter une situation d’urgence » (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 763).

[229] Mais depuis le *Renvoi relatif au Manitoba*, notre Cour s’est égarée. Elle suspend désormais l’effet des déclarations d’invalidité presque automatiquement, souvent sans justifier sa décision ni se soucier de la primauté du droit¹¹. Selon nous, la plupart des affaires dans lesquelles la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité a été prononcée depuis le *Renvoi relatif au Manitoba* sont loin de satisfaire au critère exigeant que la Cour y avait fixé. Les suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité sont plutôt devenues la [TRADUCTION] « mesure de réparation de prédilection » de notre Cour, qui l’applique « de façon désinvolte » et « systématique » ou « pour des raisons de préférences personnelles », tout en ne prenant acte « que pour la forme [. . .] des risques que comporte le fait de permettre la violation continue des droits et libertés garantis par la *Charte* » (G. R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity

¹¹ Voir, p. ex., *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 158; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 103; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79-80; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 168; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32 et 34; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 46; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 24; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 128.

Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at p. 228; S. Burningham, “A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201, at p. 202; R. Leckey, “Remedial Practice Beyond Constitutional Text” (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1 (“Leckey, ‘Remedial’”), at p. 23).

[230] In other words, this Court has been issuing suspended declarations, and even *extending* those suspensions, with little constitutional or jurisprudential grounding. For instance, in both *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, the Court offered meagre reasons for suspending a declaration of invalidity. In *Bedford*, the Court suspended the declaration of invalidity on the enigmatic notion that leaving prostitution unregulated “would be a matter of great concern to many Canadians”, despite finding that it was “subject to debate” whether an immediate declaration would endanger the public or otherwise imperil the rule of law (para. 167). Even more remarkably, in *Carter*, the Court gave *no* reasons for suspending its declaration of invalidity (para. 128).

[231] The result is that the Court’s use of suspended declarations has become wholly detached from the principled foundations stated in *Manitoba Reference* that animated the existence of what was supposed to be considered a measure of last resort. Today, that remedy has become the norm, rather than the exception. We do not take our colleague as disagreeing with this proposition. But her solution presupposes that there were *some other* principles quietly at work in the cases. With respect, we are not remotely convinced that this is so.

in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, p. 110-111; Ryder, p. 271-272 et 280; S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 228; S. Burningham, « A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201, p. 202; R. Leckey, « Remedial Practice Beyond Constitutional Text » (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1 (« Leckey, “Remedial” », p. 23).

[230] Autrement dit, notre Cour a prononcé des suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité — allant même jusqu’à *prolonger* ces suspensions — sur la base de fondements constitutionnels ou jurisprudentiels ténus. Ainsi, dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, la Cour a avancé des raisons laconiques pour justifier la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Dans *Bedford*, la Cour a suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité en évoquant l’idée nébuleuse suivant laquelle le fait de ne pas encadrer la prostitution « susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens » tout en reconnaissant qu’« [i] peut y avoir controverse » quant à savoir si une déclaration d’invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (par. 167). Fait encore plus remarquable, dans l’arrêt *Carter*, la Cour *n’a pas* motivé sa décision de suspendre l’effet de sa déclaration d’invalidité (par. 128).

[231] En conséquence, le recours par la Cour à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité n’est plus fondé sur les principes qui avaient été énoncés dans le *Renvoi relatif au Manitoba* et qui justifiaient l’existence d’un moyen qui n’était censé servir qu’en dernier ressort. De nos jours, cette réparation est devenue la règle plutôt que l’exception. Nous ne pensons pas que notre collègue soit en désaccord avec cette proposition. Mais sa solution présuppose que *d’autres* principes ont pu aussi jouer discrètement un rôle dans la jurisprudence. En toute déférence, nous ne sommes absolument pas convaincus que ce soit le cas.

[232] Nor do we agree with our colleague that *Schachter* is the vaccine. Indeed, it is the germ. Prior to *Schachter* (but after *Manitoba Reference*), this Court assumed “that laws inconsistent with the new Charter should be declared invalid immediately [and, in the process,] affirmed the primacy and inviolability of the rights and freedoms entrenched in the Charter” (Ryder, at p. 268). After *Schachter*, however, this Court’s posture changed. Statistics bear this out: by our count, out of the 44 times this Court has declared a law invalid for unconstitutionality since *Schachter*, it has suspended that declaration 23 times (that is, 52 percent of the time).¹² And those numbers have been trending upwards: between 2003 and 2015, that number rose to 74 percent of declarations (see also Ryder, at p. 272; Hoole, at p. 114;

¹² The total number of 44 is current to the beginning of this year. It excludes cases involving mandatory minimums (which, by their nature, must be struck down immediately: Karakatsanis J.’s reasons, at para. 114) and those cases where the Court rectified the constitutional flaw through a tailored remedy, such as severance or reading in. The cases included in this number are as follows (cases with suspended declarations are in bold): *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 73; ***Québec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux***, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paras. 3 and 5; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 103; ***Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan***, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 103; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at paras. 30-32; ***Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)***, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at paras. 154 and 158; ***Carter v. Canada (Attorney General)***, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 128; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at paras. 88-89; ***Canada (Attorney General) v. Bedford***, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 166-69; ***Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401***, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 41; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at paras. 100-103; ***Québec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen***, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paras. 89-91; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 95; ***Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia***, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; ***Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)***, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 140; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 121; ***Chaoulli v. Québec (Attorney General)***, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paras. 56-60; ***Figueroa v. Canada (Attorney General)***, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Nova Scotia (Workers’ Compensation*

[232] Nous ne sommes pas non plus d’accord avec notre collègue pour dire que l’arrêt *Schachter* est le vaccin. En fait, c’est plutôt le germe. Avant l’arrêt *Schachter* (mais après le *Renvoi relatif au Manitoba*), notre Cour tenait pour acquis [TRADUCTION] « que l’invalidité des lois déclarées incompatibles avec la nouvelle *Charte* devrait prendre effet sur-le-champ [et, ce faisant,] elle confirmait la primauté et l’inviolabilité des droits et libertés consacrés par la *Charte* » (Ryder, p. 268). Mais, depuis l’arrêt *Schachter*, notre Cour a changé son fusil d’épaule, comme le confirment les statistiques : d’après nos calculs, sur les 44 fois où elle a déclaré une loi invalide pour cause d’inconstitutionnalité depuis l’arrêt *Schachter*, notre Cour a suspendu l’effet de cette déclaration à 23 reprises (c’est-à-dire 52 p. 100 du temps)¹².

¹² Le total de 44 a été atteint au début de cette année, et ce chiffre ne tient pas compte des cas portant sur des dispositions qui prescrivait des peines minimales obligatoires (lesquelles, de par leur nature, doivent être invalidées sur-le-champ : motifs de la juge Karakatsanis, par. 114) et des affaires dans lesquelles la Cour a corrigé le vice constitutionnel grâce à une réparation adaptée telle la dissociation ou l’interprétation large. Les décisions citées dans ces chiffres sont les suivantes (les arrêts dans lesquels la Cour a suspendu l’effet de sa déclaration d’invalidité sont en caractères gras) : *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 73; ***Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux***, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 3 et 5; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 103; ***Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan***, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 103; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 30-32; ***Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)***, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 154 et 158; ***Carter c. Canada (Procureur général)***, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 128; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 88-89; ***Canada (Procureur général) c. Bedford***, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 166-169; ***Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401***, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 41; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 100-103; ***Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen***, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 89-91; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 95; ***Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique***, 2007 CSC 27, [2007] 1 R.C.S. 391, par. 168; ***Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)***, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 140; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 121; ***Chaoulli c. Québec (Procureur général)***, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 56-60;

J. B. Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent* (2005), at p. 175). The smallest inconvenience associated with an immediate declaration, and circumstances that pale in comparison to the grave situation the Court faced in *Manitoba Reference*, will now lead the Court to temporarily suspend the operation of the *Charter*.

[233] This slippage is due to a move away from the principle stated in *Manitoba Reference*. *Schachter* shifted the considerations that can justify a suspended declaration away from the rule of law to “the effect of an immediate declaration on the public” (p. 715; see also pp. 716-17). Further, *Schachter* expressly recognized two additional circumstances in which a suspended declaration of invalidity could issue: threats to public safety and under-inclusive legislation (p. 715). It also made clear (as our colleague

Et la tendance est à la hausse : entre 2003 et 2015, ce chiffre a augmenté à 74 p. 100 (voir également Ryder, p. 272; Hoole, p. 114; J. B. Kelly, *Governing with the Charter : Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent* (2005), p. 175). Le moindre inconvénient associé à une déclaration avec effet immédiat, ainsi que des circonstances qui n’ont rien en commun avec la grave situation à laquelle la Cour était confrontée dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, conduisent désormais la Cour à suspendre temporairement l’application de la *Charte*.

[233] Ce dérapage est attribuable à l’abandon du principe énoncé dans le *Renvoi sur le Manitoba*. L’arrêt *Schachter* a délaissé les facteurs justifiant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité qui étaient fondés sur la primauté du droit au profit de considérations relatives à « l’effet d’une déclaration d’invalidité sur le public » (p. 715; voir aussi p. 716-717). Dans l’arrêt *Schachter*, la Cour a aussi expressément reconnu deux autres situations dans lesquelles on pouvait suspendre l’effet d’une

Board) v. *Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 119; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paras. 43 and 46; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 77; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 3 S.C.R. 472, at paras. 32 and 34; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 47-48; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 66; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 1, 55 and 101; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paras. 105 and 159; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 24 and 118; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 136-45; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 131; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 86; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paras. 103-5; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 292; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 176-77; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 803-4; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, at pp. 439-40; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at p. 1108; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 453-55; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 778.

Figuroa c. Canada (Procureur général), 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 119; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 46; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 77; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 3 R.C.S. 472, par. 32 et 34; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 47-48; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 66; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 1, 55 et 101; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 105 et 159; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 24 et 118; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 136-145; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 131; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 86; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, par. 103-105; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 292; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 176-177; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803-804; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, p. 439-440; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, p. 1108; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 453-455; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 778.

does with her reasons) that these categories are not exhaustive (p. 719). Additionally, *Schachter* explicitly *required* courts to consider whether a suspended declaration should issue in each case (pp. 715 and 717).

[234] Unsurprisingly, after *Schachter* courts began to find other reasons for issuing suspended declarations, one of which became this Court's primary justification for suspending a declaration: affording the legislature the time it needs to craft a response and choose between *Charter*-compliant regimes (e.g. *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 66; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at para. 32). But this justification strikes us as irrelevant. The judiciary's choice between an immediate and suspended declaration has no impact on the range of constitutional options open to a legislature in the aftermath of a successful *Charter* challenge. As Professor Ryder explains:

A key flaw [in the Court's] line of reasoning is that suspended declarations do not in fact offer anything to the legislature that it does not already have. By emphasizing the role of suspended declarations in fostering legislative choice, and dialogue with affected groups, the Court seems to be suggesting that suspensions have the effect of enlarging a legislature's range of choices and consultative possibilities. But this is not necessarily the case. Whether the operation of a declaration of invalidity is immediate or delayed, a legislature faces the exact same range of constitutional possibilities. It is free to disagree with the legal regime that follows upon a Court's choice of an immediate declaration of invalidity and substitute some other constitutional option. It is also free to consult as widely as

déclaration d'invalidité : lorsque la sécurité du public est menacée ou qu'une loi a une portée trop limitative (p. 715). Elle a également bien précisé (comme notre collègue le fait dans ses motifs) que ces catégories ne sont pas exhaustives (p. 719). De plus, l'arrêt *Schachter* a explicitement *obligé* les tribunaux à se demander dans chaque cas s'il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité (p. 715 et 717).

[234] Il n'est pas étonnant qu'après l'arrêt *Schachter*, les tribunaux aient commencé à trouver d'autres raisons pour justifier la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité, dont l'une est devenue la principale justification invoquée par notre Cour pour en suspendre l'effet d'une déclaration : donner au législateur le temps dont il a besoin pour élaborer une réponse et choisir parmi des régimes conformes à la *Charte* (p. ex., *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 66; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32). Mais cette justification nous semble non pertinente. Le choix qui s'offre au juge entre une déclaration avec effet immédiat et une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité n'a aucune incidence sur la gamme d'options constitutionnelles dont dispose le législateur lorsqu'une disposition législative a été contestée avec succès sur le fondement de la *Charte*. Comme l'explique le professeur Ryder :

[TRADUCTION] L'une des principales failles du raisonnement [de la Cour] réside dans le fait que la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité n'offre en réalité rien de plus au législateur que ce dont il dispose déjà. En insistant sur le rôle positif que joue la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité sur les choix qui s'offrent au législateur et sur le dialogue avec les groupes touchés, la Cour semble laisser entendre que la suspension a pour effet d'élargir l'éventail de choix dont dispose le législateur et d'offrir de plus grandes possibilités de consultation. Mais ce n'est pas nécessairement le cas. Peu importe que l'effet de la déclaration d'invalidité soit immédiat ou différé, le législateur dispose d'exactly la même gamme d'options sur le plan constitutionnel. Le législateur est

it wishes in the design of a new Charter-compliant legal regime. [p. 281]

(See also p. 285.)

[235] Respectfully, the proper response to this rampant misuse of suspended declarations is not, as our colleague proposes, to expand the *Schachter* categories in reliance on newly divined “remedial principles” and “recurring touchstones” (paras. 82 and 153). In practice, this will result in a measure of broad discretion that is anomalous in a legal regime committed to the rule of law and the protection of rights. *Schachter*’s discretion bred inconsistent and unprincipled results, and we see no reason to believe our colleague’s appeal to a “broader [constitutional] architecture” (para. 158) will be any different. Rather, the more appropriate response is to return our focus to the Constitution, and particularly its founding principle of the rule of law, in order to ensure the proper vindication of *Charter* rights and carefully circumscribe the situations in which a suspended declaration can issue.

B. *The Constitution*

- (1) Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and Section 33(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[236] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides the following:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

libre de ne pas être d’accord avec le régime juridique qui s’applique lorsque le tribunal a choisi de prononcer une déclaration d’invalidité avec effet immédiat et il peut lui substituer une autre option constitutionnelle. Il lui est aussi loisible de mener les consultations aussi vastes qu’il le souhaite en vue de concevoir un nouveau régime juridique conforme à la *Charte*. [p. 281]

(Voir également p. 285.)

[235] Avec égards, la réponse appropriée à la généralisation abusive de la mesure consistant à suspendre l’effet des déclarations d’invalidité n’est pas, comme notre collègue le propose, d’élargir la portée des catégories définies dans l’arrêt *Schachter* en s’appuyant sur des « principes en matière de réparation » et à des « pierres de touche » nouvellement imaginés (par. 82 et 153). En pratique, cette solution aurait pour effet d’accorder aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d’une telle ampleur qu’il ne pourrait cadrer avec un régime juridique voué à la primauté du droit et à la protection des droits. Le pouvoir discrétionnaire proposé dans l’arrêt *Schachter* a favorisé le prononcé de décisions incohérentes et non fondées sur des principes, et nous ne voyons aucune raison de penser que le recours préconisé par notre collègue à une « architecture [constitutionnelle] générale » (par. 158) produirait des résultats différents. La réponse la plus appropriée consiste plutôt à recadrer notre attention sur la Constitution, et en particulier sur son principe de base, celui de la primauté du droit, pour s’assurer de bien défendre les droits consacrés par la *Charte* et de délimiter avec soin les situations dans lesquelles le tribunal peut suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité.

B. *La Constitution*

- (1) Paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et paragraphe 33(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

[236] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[237] The text could not be clearer: its use of the present tense “*is*” contemplates, by definition, only *immediate* declarations of invalidity. Indeed, on “a plain reading of this provision, the invalidation of any law found to be *ultra vires* the Constitution should be immediate” (B. Bird, “The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity” (2019), 42 *Man. L.J.* 23, at p. 32, citing Hoole, at p. 110; see also pp. 34-36). In other words, suspended declarations are, by their nature, “in tension with the clear words of s. 52(1) that contemplate that unconstitutional legislation is of no force and effect” (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at §14.1540).

[238] To be sure, once it is found that a statute is inconsistent with the Constitution, “consequences for that legislation flow directly from the Constitution’s status as supreme law” (Leckey, “Remedial”, at p. 30): courts have “not only the power, but the duty, to regard the inconsistent statute . . . as being no longer ‘of force or effect’” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 353 (emphasis added)). While we commonly refer to a court “striking down” a law, in reality, “the law has failed by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*”, because s. 52(1) “confers no discretion on judges” (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 35). It is a “provision that suggests that declarations of invalidity can only be given immediate effect” (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 99 (emphasis added)).

[239] Unlike the constitutions of other countries, such as the *Constitution of the Republic of South Africa*, at s. 172(1)(b),¹³ nothing in the text of our Constitution expressly empowers Canadian courts to issue suspended declarations. (And even

[237] Le texte ne pourrait être plus clair : l’emploi du présent de l’indicatif « *rend* » démontre qu’il n’envisage, par définition, que les déclarations d’invalidité *avec effet immédiat*. D’ailleurs, [TRADUCTION] « il ressort du texte même de cette disposition que l’invalidation de toute disposition jugée constitutionnellement *ultra vires* doit être immédiate » (B. Bird, « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity » (2019), 42 *Man. L.J.* 23, p. 32, citant Hoole, p. 110; voir aussi p. 34-36). En d’autres termes, les suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité sont, de par leur nature, [TRADUCTION] « irréconciliables avec le libellé du par. 52(1), qui prévoit dans les termes les plus nets que les lois inconstitutionnelles sont inopérantes » (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), §14.1540).

[238] Certes, dès lors qu’une loi est jugée incompatible avec la Constitution, [TRADUCTION] « son sort dépend directement du fait que la Constitution est la loi suprême du Canada » (Leckey, « Remedial », p. 30). Les tribunaux ont « non seulement le pouvoir, mais encore l’obligation de considérer comme “inopérantes” les dispositions incompatibles de cette loi » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 353 (nous soulignons)). Même si on dit généralement que le tribunal « invalide » une loi, en réalité, le tribunal la déclare « inopérante par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » parce que le par. 52(1) « ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges » (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 35). Cette « disposition [. . .] semble indiquer que toute déclaration d’invalidité ne peut avoir qu’un effet *immédiat* » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 99 (nous soulignons)).

[239] Contrairement aux constitutions d’autres pays, comme la *Constitution of the Republic of South Africa*, à l’al. 172(1)(b)¹³, rien dans le texte de notre Constitution n’habilite expressément les tribunaux canadiens à suspendre l’effet de déclarations

¹³ See also: *Scotland Act, 1998* (U.K.), 1998, c. 46, at ss. 102(2)-102(3).

¹³ Voir également la *Scotland Act, 1998* (R.-U.), 1998, c. 46, par. 102(2)-102(3).

in South Africa, suspended declarations are rare, as the “general assumption” is that the Constitutional Court of South Africa will issue an immediate declaration (Leckey, “Remedial”, at p. 20)). The framers of our Constitution could easily have suggested such a power by including the words “will be . . . of no force or effect” (and indeed, this is how this Court has been reading s. 52(1) in the wake of *Schachter*). Instead, the Constitution limits the role of courts to declaring a law “is of no force or effect”. Therefore, when exercising such a *judicially created* power to suspend a declaration of invalidity, this Court must be judicious, measured and principled. We stress “judicially created” for a reason, which also goes to the need for restraint: while our Constitution does not expressly permit *courts* to suspend a declaration of invalidity, it *does* provide a means for *Parliament and legislatures* to do so in certain cases under s. 33(1). In other words, by keeping on life support a law that has been struck down for unconstitutionality, a court is effectively stepping into a role assigned by the Constitution *to the legislative branch* and, indeed, *is legislating*. As Bird persuasively explains:

. . . where the Constitution assigns a specific power to a branch of government, th[e] principle of exclusivity applies. It is intuitive to say that a function expressly assigned to one branch of government by the Constitution must not be performed by another branch. . . .

This, I submit, is the case with suspended declarations of invalidity In the Canadian Constitution, the only branch of government that is expressly permitted to give life to an unconstitutional law is the legislature by way of the “notwithstanding clause”. [pp. 43-44]

[240] Indeed, s. 33(1) suggests that, in cases to which it applies, *legislatures*, and *not courts*, are best

d’invalidité. (Et, même en Afrique du Sud, la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité est rarement utilisée, étant donné que [TRADUCTION] « l’on part du principe général » que la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud prononcera une déclaration avec effet immédiat (Leckey, « Remedial », p. 20)). Les rédacteurs de notre Constitution auraient aisément pu envisager un tel pouvoir en indiquant que « les dispositions incompatibles seront inopérantes » (c’est d’ailleurs l’interprétation que notre Cour donne au par. 52(1) dans la foulée de l’arrêt *Schachter*). Au lieu de cela, la Constitution limite le rôle des tribunaux à déclarer que la Constitution « rend inopérantes » les dispositions incompatibles. Ainsi, lorsqu’elle exerce un tel pouvoir *d’origine prétorienne* pour suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, notre Cour doit faire preuve de discernement et de circonspection et se fonder sur des principes. Nous insistons sur les mots « d’origine prétorienne » pour une raison qui tient également à la nécessité de faire preuve de retenue : bien que notre Constitution ne permette pas expressément aux *tribunaux* de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, elle offre *effectivement* au *Parlement et aux législatures provinciales* la possibilité de le faire dans certains cas prévus au par. 33(1). En d’autres termes, en maintenant artificiellement en vie une loi qui a été invalidée pour cause d’inconstitutionnalité, le tribunal s’arroge en fait un rôle que la Constitution a confié *au pouvoir législatif* : en fait, en agissant de la sorte, le tribunal *légifère*. Ainsi que Bird l’explique de façon convaincante :

[TRADUCTION] . . . le principe de l’exclusivité s’applique lorsque la Constitution d’un pays confère un pouvoir spécifique à un organe du gouvernement. Il va de soi que le pouvoir que la Constitution attribue à un organe du gouvernement ne doit pas être exercé par un autre organe. . . .

C’est selon moi ce qui arrive avec la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité [. . .] Selon la Constitution canadienne, le seul organe du gouvernement qui est expressément habilité à valider une loi inconstitutionnelle est le législateur, par le biais de la « clause dérogatoire ». [p. 43-44]

[240] D’ailleurs, le par. 33(1) suggère que, dans les cas auxquels il s’applique, c’est *le législateur*, et *non*

positioned to know when a suspended declaration is desirable and if so, for how long (see D. Newman, “Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities”, in G. Sigalet, G. Webber and R. Dixon, eds., *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions* (2019), 209, at pp. 230-31). This, in fact, is a primary purpose of s. 33(1): to allow a legislature to consider the impact of a court’s decision on considerations “in respect of which only the legislature has institutional capacity” (Newman, at p. 218 (see also p. 224); see also Hon. A. E. Blakeney, “The Notwithstanding Clause, the *Charter*, and Canada’s Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing” (2010), 19 *Const. Forum* 1, at p. 5; J. D. Whyte, “Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the *Charter*’s Notwithstanding Clause” (2007), 16 *Const. Forum* 79, at p. 83; P. H. Russell, “Standing Up for Notwithstanding” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293, at pp. 308-9; P. C. Weiler, “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version” (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51, at p. 86).

[241] At bottom, s. 33(1) is a “factor that should serve to constrain the use of the suspended declaration” (E. Macfarlane, “Dialogue, Remedies, and Positive Rights: *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms*” (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107, at p. 120). Our colleague says in response that a “court cannot shirk its responsibility to remedy constitutional violations simply because [of] s. 33” (para. 137). With respect, this misses our point. We agree that a court must remedy constitutional violations. Our point is that s. 33(1) militates against *her* position that courts have broad discretion to *delay* remedying such violations. Instead, “[c]ourts should respect the entire constitutional structure, including the possibility of using the override when exercising remedial discretion” (Roach, *Constitutional Remedies*, at §14.1450 (emphasis added)). All this fortifies our view that, so as not to engorge or strain the judicial function, court-ordered suspended

le tribunal, qui est le mieux placé pour savoir dans quels cas il est souhaitable de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité et, le cas échéant, pour combien de temps (voir D. Newman, « Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue and Constitutional Identities », dans G. Sigalet, G. Webber et R. Dixon, dir., *Constitutional Dialogue : Rights, Democracy, Institutions* (2019), 209, p. 230-231). Il s’agit en fait d’un des principaux objectifs du par. 33(1) : permettre au législateur de tenir compte de l’incidence d’une décision du tribunal sur les facteurs [TRADUCTION] « à l’égard desquels seul le législateur a une capacité institutionnelle » (Newman, p. 218 (voir également p. 224); voir également l’hon. A. E. Blakeney, « The Notwithstanding Clause, the *Charter*, and Canada’s Patriated Constitution : What I Thought We Were Doing » (2010), 19 *Forum Const.* 1, p. 5; J. D. Whyte, « Sometimes Constitutions are Made in the Streets : The Future of the *Charter*’s Notwithstanding Clause » (2007), 16 *Forum Const.* 79, p. 83; P. H. Russell, « Standing Up for Notwithstanding » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293, p. 308-309; P. C. Weiler, « Rights and Judges in a Democracy : A New Canadian Version » (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51, p. 86).

[241] Au fond, le par. 33(1) est [TRADUCTION] « un facteur qui devrait contribuer à limiter le recours à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité » (E. Macfarlane, « Dialogue, Remedies, and Positive Rights : *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms* » (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107, p. 120). Notre collègue répond que « [l]e tribunal ne peut se dérober à sa responsabilité d’accorder une réparation en cas de violation de la Constitution simplement [à cause de] l’art. 33 » (par. 137). Avec égards, cette réponse ignore l’argument que nous soulevons. Nous sommes d’accord pour dire qu’un tribunal doit remédier aux atteintes portées à la Constitution. Ce que nous disons, c’est que le par. 33(1) milite contre l’argument *de notre collègue* suivant lequel les tribunaux disposent d’un large pouvoir discrétionnaire qui leur permet de *différer* l’effet de la réparation apportée à ces atteintes. Au lieu de cela, [TRADUCTION] « [l]es tribunaux devraient respecter intégralement la

declarations ought to be confined to addressing threats to the rule of law.

(2) Rule of Law

[242] Given that s. 52(1) does not expressly allow for suspended declarations, a court’s authority to suspend must be found elsewhere in the Constitution. In particular, suspended declarations should be grounded not in appeals to abstruse “broader constitutional considerations” or to a heretofore undiscovered ancillary power to a court’s “inherent jurisdiction” to declare legislation invalid (Karakatsanis J.’s reasons, at paras. 121 and 85), but in the constitutional principle of the rule of law. The rule of law has long been considered “a fundamental postulate of our constitutional structure” (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142, per Rand J.). This is evidenced by its invocation in the single-sentence preamble to the *Charter*: “Canada is founded upon principles that recognize . . . the rule of law”. The rule of law is proclaimed by our written constitution to be the “very foundation” on which our country, and its *Charter*, rest (*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 229). It occupies hallowed ground as the “root of our system of government” and a “vital . . . assumptio[n]” on which our Constitution is based (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at paras. 70 and 49).

[243] The centrality of the rule of law to our constitutional order is what led to the creation of suspended declarations in *Manitoba Reference* in the first place. Rights under the *Charter* may be temporarily judicially displaced only where necessary “to

structure constitutionnelle, y compris la possibilité de recourir à la disposition dérogatoire lorsqu’ils exercent leur pouvoir discrétionnaire de réparation » (Roach, *Constitutional Remedies*, § 14.1450 (nous soulignons)). Tout cela nous conforte dans notre idée que, pour éviter d’être engorgés ou surchargés, les tribunaux ne devraient suspendre l’effet des déclarations d’invalidité que lorsque la primauté du droit est compromise.

(2) La primauté du droit

[242] Étant donné que le par. 52(1) n’autorise pas expressément les tribunaux à suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, il faut chercher ce pouvoir ailleurs dans la Constitution. En particulier, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité ne devrait pas reposer sur d’obscures « considérations constitutionnelles générales » ou sur un pouvoir accessoire, jamais encore découvert, à la « compétence [. . .] inhérente » des tribunaux pour déclarer une loi invalide (motifs de la juge Karakatsanis, par. 121 et 85), mais plutôt sur le principe constitutionnel de la primauté du droit. La primauté du droit est depuis longtemps reconnue comme [TRADUCTION] « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 142, le juge Rand), comme en témoigne le fait que ce principe est énoncé dans le préambule de la *Charte*, qui se résume à une seule phrase : « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [. . .] la primauté du droit ». Notre constitution écrite déclare que la primauté du droit constitue le « fondement même » sur lequel reposent notre pays et sa *Charte* (*B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 229). Elle constitue un principe consacré « à la base de notre système de gouvernement » et est l’une des « prémisses » sur lesquelles est fondée notre Constitution (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* ») par. 70 et 49).

[243] Le rôle crucial que joue la primauté du droit dans notre ordre constitutionnel est précisément ce qui a motivé au départ l’instauration du mécanisme de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité dans le *Renvoi relatif au Manitoba*. Les

preserve the rule of law” (p. 763) and to ensure its “continuity” (p. 753). By relying on the protection of the rule of law as the justification for suspended declarations, courts are able to “recognize [both] the unconstitutionality of [the impugned] laws and the Legislature’s duty to comply with the ‘supreme law’ of this country” while upholding the Constitution (*Manitoba Reference*, at p. 753; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169). Indeed, just as much as it is the Court’s role to safeguard the rights guaranteed in the *Charter* (*Hunter v. Southam*, at p. 169), it is also the Court’s responsibility to ensure that the rule of law is not “transgress[ed]” (*Manitoba Reference*, at p. 753). Where an immediate declaration would transgress the rule of law, the Court would be “abdicat[ing]” its role as “protector and preserver of the Constitution” (p. 753) to allow such a state of affairs to arise. In such instances, then, the Court is not fulfilling an impermissible legislative role as it otherwise would be by granting a suspended declaration, but an assuredly *judicial* role. This is not a novel interpretation, but simply the circumspect guidance that the Court in *Manitoba Reference* offered when recognizing this extraordinary judicial remedy.

[244] There is no basis in our Constitution for this Court to have departed from this guidance. Our colleague can point to no other part of our written Constitution that could ground a court-ordered temporary suspension of *Charter* rights, and fails to identify a single case that shows why limiting suspended declarations to threats to the rule of law is unworkable, relative to the medley of “underlying”, “competing”, “general”, “countervailing” constitutional or remedial “principles” and “touchstones” to which she points (paras. 89, 92, 102, 126, 131-32 and 153). In this regard, we find the extra-judicial commentary of Justice Scalia apt:

tribunaux ne sont autorisés à écarter temporairement les droits reconnus par la *Charte* que lorsque cela est nécessaire « afin de préserver la primauté du droit » (p. 763) et pour en assurer le « maintien » (p. 753). En invoquant la protection de la primauté du droit pour justifier la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité, les tribunaux sont en mesure de « reconnaître [à la fois] l’inconstitutionnalité des [lois contestées] et le devoir de la Législature de se conformer à la “loi suprême” de notre pays » tout en faisant respecter la Constitution (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 753; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169). D’ailleurs, tout comme il lui appartient de protéger les droits garantis par la *Charte* (*Hunter c. Southam*, p. 169), il incombe également à la Cour de s’assurer que l’on ne « manqu[e] » pas au principe de la primauté du droit (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 753). Si une déclaration avec effet immédiat avait pour effet de manquer au principe de la primauté du droit, la Cour « renoncerait » à ses fonctions « de protectrice et de gardienne de la Constitution » (p. 753) en permettant à une telle situation de survenir. Ainsi donc, en pareil cas, la Cour n’exerce pas de façon illégitime un rôle législatif, comme elle le ferait autrement en suspendant l’effet d’une déclaration d’invalidité, mais bien un rôle *judiciaire*. Cette interprétation n’est pas nouvelle; elle ne fait que reprendre l’orientation prudente donnée par la Cour dans le *Renvoi relatif au Manitoba* lorsqu’elle a reconnu cette mesure judiciaire extraordinaire.

[244] Rien dans notre Constitution ne justifie notre Cour de s’écarter de cette orientation. Notre collègue ne peut citer aucune autre disposition de notre Constitution écrite qui pourrait justifier un tribunal d’ordonner la suspension temporaire de droits garantis par la *Charte*, et elle ne cite pas une seule décision qui démontrerait en quoi il est irréaliste de limiter la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité aux seules situations dans lesquelles la primauté du droit est compromise, tout comme les divers « principes » constitutionnels et « pierres de touche » « sous-jacents », « contradictoires », « généraux », « faisant contrepoids » auxquels elle réfère sont irréalistes (par. 89, 92, 102, 126, 131-132 et 153). À ce propos, nous trouvons pertinents les propos suivants du juge Scalia, tenus hors du prétoire :

... we should recognize that, at the point where an appellate judge says that the remaining issue must be decided on the basis of the totality of the circumstances, or by a balancing of all the factors involved, he begins to resemble a finder of fact more than a determiner of law. To reach such a stage is, in a way, a regrettable concession of defeat — an acknowledgment that we have passed the point where “law,” properly speaking, has any further application. And to reiterate the unfortunate practical consequences of reaching such a pass when there still remains a good deal of judgment to be applied: equality of treatment is difficult to demonstrate and, in a multi-tiered judicial system, impossible to achieve; predictability is destroyed; judicial arbitrariness is facilitated; judicial courage is impaired.

I stand with Aristotle, then — which is a pretty good place to stand — in the view that “personal rule, whether it be exercised by a single person or a body of persons, should be sovereign only in those matters on which law is unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.” [Emphasis added; footnote omitted.]

(A. Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules” (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175, at p. 1182)

Our Constitution makes an exact pronouncement on the matter of suspended declarations: they are exceptional. Immediate declarations must be the norm, absent a rule of law concern. There is no need to go further.

[245] It is worthwhile to describe a few instances where an impending threat to the rule of law warrants a suspended declaration. The prototypical instance of a threat to the rule of law is an existential one, as in *Manitoba Reference*. There, as noted above, the Court was concerned with “a legal vacuum” and that the “constitutional guarantee of rule of law [could] not tolerate such chaos and anarchy” (pp. 747, 753 and 758).

[TRADUCTION] ... il convient de reconnaître que, dès lors qu’il affirme que la question restante doit être tranchée au vu de l’ensemble des faits ou en pondérant tous les facteurs en jeu, le juge d’appel commence à ressembler davantage à un juge des faits qu’à un juge du droit. Le fait d’en arriver là représente jusqu’à un certain point un regrettable aveu d’impuissance, un constat qu’une limite a été franchie au-delà de laquelle le « droit », à proprement parler, ne trouve plus application. Il convient aussi de rappeler les conséquences pratiques malheureuses de cette démarche alors qu’il reste encore beaucoup de questions à trancher : il devient alors difficile de démontrer que le principe de l’égalité de traitement a été respecté et, dans un système judiciaire à plusieurs niveaux, impossible d’en assurer le respect; on réduit à néant la prévisibilité; on favorise l’arbitraire dans les décisions judiciaires et on freine l’audace chez les juges.

Je partage donc l’avis d’Aristote — qui est assez juste — selon qui « la règle personnelle, qu’elle soit exercée par une seule personne ou par un ensemble de personnes, ne devrait être souveraine que dans les matières sur lesquelles le droit est incapable, en raison de la difficulté d’élaborer des règles générales pour toutes les éventualités, de se prononcer de façon précise. » [Nous soulignons; note de bas de page omise.]

(A. Scalia, « The Rule of Law as a Law of Rules » (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175, p. 1182)

Notre Constitution se prononce de façon précise sur la question de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité : c’est une mesure exceptionnelle. Les déclarations avec effet immédiat doivent être la norme, sauf s’il y a lieu de s’inquiéter pour la primauté du droit. Il n’est pas nécessaire de pousser l’analyse plus loin.

[245] Il vaut la peine de citer quelques cas dans lesquels une menace imminente à la primauté du droit justifie la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. L’exemple classique de danger qui guette la primauté du droit est celui de la menace existentielle, comme dans le *Renvoi relatif au Manitoba*. Comme nous l’avons déjà signalé, craignant un « vide juridique », la Cour a déclaré dans cet arrêt que « la garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne [saurait] tolérer un tel chaos ou une telle anarchie » (p. 747, 753 et 758).

[246] There is, however, a second form of threat to the rule of law that may give rise to a suspended declaration of invalidity: a threat to public safety. As explained in *Manitoba Reference*, a tenet of the rule of law is that a state's people should not "be allowed to perish for the sake of the constitution; on the contrary, a constitution should exist for the preservation of the State and the welfare of the people" (p. 766, citing *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195, at p. 237 (emphasis deleted)). In other words, the rule of law requires that this Court ensure an "order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order" (p. 749). Normative order is lost where public safety is put at risk. Indeed, "[l]aw and order are indispensable elements of civilized life" (p. 749) and the rule of law has long implied "the existence of public order" (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed. 1959), at p. 43, cited in *Manitoba Reference*, at p. 749). The rule of law "vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society" (*Secession Reference*, at para. 70). Maintaining public safety, in this sense at least, is therefore an instance of preserving the rule of law.

[247] Our colleague, following *Schachter*, lists "underinclusive" benefits or legislation as one of her *non-exhaustive* categories qualifying for suspension (paras. 118 and 124). She pronounces, without citing any authority in support, that the categories "reflect constitutionally grounded considerations", which are said (again, without citing to any authority) to include "recognizing the public's interest in legislation passed for its benefit" (para. 124). There is, in our respectful view, no legal rule, and certainly no constitutional principle or the even more amorphous "constitutionally grounded considerations", to support under-inclusiveness as a category qualifying for suspension.

[248] With great respect, the creation of this category in *Schachter* was ill-conceived, inconsistent

[246] Il existe cependant un autre type de menace à la primauté du droit qui peut justifier la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité, en l'occurrence une menace à la sécurité publique. Comme la Cour l'a expliqué dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, un précepte fondamental de la primauté du droit veut qu'on ne doive pas « laisse[r] périr l'État et le peuple par égard pour la constitution; au contraire, une constitution doit exister pour la préservation de l'État et le bien-être du peuple » (p. 766, citant *Attorney General of the Republic c. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195, p. 237 (soulignement omis)). En d'autres termes, la primauté du droit exige que notre Cour assure « un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif » (p. 749). L'ordre normatif en vient à disparaître lorsque la sécurité publique est compromise. D'ailleurs, « [l]'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée » (p. 749) et la primauté du droit est depuis longtemps indissociable de [TRADUCTION] « l'existence de l'ordre public » (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5^e éd. 1959), p. 43, cité dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 749). La primauté du droit « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 70). La préservation de la sécurité publique constitue donc, du moins en ce sens, un exemple de protection de la primauté du droit.

[247] S'inspirant de l'arrêt *Schachter*, notre collègue estime que les avantages ou la loi « trop limitatifs » font partie des catégories *non exhaustives* qui, selon elle, justifient une suspension (par. 118 et 124). Sans citer de source à l'appui, elle déclare que les catégories « tiennent [. . .] compte de considérations fondées sur la Constitution », lesquelles, affirme-t-on (là encore sans citer quelque source que ce soit), comprennent « la reconnaissance qu'il est dans l'intérêt du public que des lois soient adoptées pour son bénéfice » (par. 124). Il n'existe, à notre avis et respectueusement, aucune règle de droit et assurément aucun principe constitutionnel ni de « considérations fondées sur la Constitution » encore moins bien définies qui justifieraient la reconnaissance de la loi trop limitative comme catégorie emportant suspension.

[248] Avec égards, la création de cette catégorie dans l'arrêt *Schachter* était malavisée, dans la mesure

as it is with the strictures of *Manitoba Reference*. Further, even on its own terms, it cannot stand. According to *Schachter*, the impetus for recognizing under-inclusive benefits as a category that justifies suspending a declaration is the concern that “striking down the law immediately would deprive deserving persons of benefits” (p. 715; see also pp. 716 and 721). However, to the extent that a law is under-inclusive, the appropriate response is not to strike down the benefits for all because, in these rare situations, the “extent of the inconsistency” under s. 52(1) refers to the legislation’s *omission*, or failure to provide benefits to a certain group. The other aspects of the legislation will not have been declared unconstitutional and, as our colleague quite rightly observes, “[t]he public has an interest in preserving legislation duly enacted . . . to the extent it is not unconstitutional” (para. 156). Explained in another way, striking down benefits is only warranted where the benefits are *prohibited*, not where they are *under-inclusive*. *Schachter*’s apprehension of depriving benefits from deserving persons (which grounded the justification for suspension) then withers away. The more appropriate response in such cases is not suspension, but resort to the other tools in a court’s remedial toolbox, such as severance or reading in. Critically, a court can simply issue a declaration stating that the legislation is unconstitutional to the extent it does not extend benefits to a particular group and requiring that — after the government determines the best method for extending those benefits — the benefits be provided retroactively (e.g. *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pp. 46-47). Clearly then, under-inclusive benefits can be remedied without “depriv[ing] deserving persons of benefits”, and there is therefore no corresponding need to suspend a declaration to avoid this state of affairs.

[249] But our colleague goes further, identifying *yet another* category, beyond those listed in *Schachter*, that could justify a suspended declaration.

où elle était incompatible avec les contraintes du *Renvoi relatif au Manitoba*. D’ailleurs, à sa face même, elle ne peut être confirmée. Selon l’arrêt *Schachter*, la reconnaissance d’avantages trop limitatifs en tant que catégorie justifiant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est motivée par la crainte que « l’annulation immédiate de la loi priv[e] des personnes admissibles de bénéfiques » (p. 715; voir aussi p. 716 et 721). Toutefois, dans la mesure où une loi est de portée trop restrictive, la solution ne consiste pas à invalider ces avantages pour tous. Cela tient au fait que, dans ces situations inusitées, la « mesure de l’incompatibilité » dont il est question au par. 52(1) concerne l’*omission* ou le défaut du législateur d’accorder des avantages à un certain groupe. Les autres aspects de la loi n’auront pas été déclarés inconstitutionnels et, comme notre collègue le fait observer à juste titre, « [i] est dans l’intérêt du public de conserver des lois qui ont été dûment adoptées [. . .] pourvu que ces lois ne soient pas inconstitutionnelles » (par. 156). Autrement dit, il ne convient d’invalider des avantages que lorsque ceux-ci sont *interdits*, et non lorsqu’ils sont *trop limitatifs*. La crainte exprimée dans *Schachter* de priver des personnes admissibles de bénéfiques (sur laquelle se fonde la justification de la suspension) s’estompe. Il est préférable, en pareil cas, de ne pas suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité, mais de recourir aux autres mesures de réparation qu’un tribunal peut accorder, telles que la dissociation ou l’interprétation large. Fait critique, le tribunal peut tout simplement prononcer une déclaration portant que la loi est inconstitutionnelle dans la mesure où elle refuse certains avantages à un groupe donné et ordonner que ces avantages soient accordés rétroactivement à ce groupe une fois que l’État aura décidé du meilleur moyen de les étendre (p. ex. *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 46-47). À l’évidence, il est possible de remédier aux avantages limitatifs sans « prive[r] des personnes admissibles de bénéfiques », et il n’est donc pas nécessaire de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité afin d’éviter ce dénouement.

[249] Mais notre collègue va plus loin en proposant *encore une autre* catégorie, outre celles énumérées dans l’arrêt *Schachter*, qui pourrait selon elle justifier

A suspension should also be granted, we are told, when “an immediately effective declaration would have a limiting effect on the legislature’s ability to set policy” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 130 (emphasis added)). This category requires refinement. A mere “limiting effect” on policy-making, whatever that means, is surely insufficient to warrant the continued infringement of *Charter* rights. We say a suspended declaration is warranted only where it can be demonstrated that the immediate vesting of rights — and the concomitant gathering of reliance and expectation interests around the new legal regime, or the development of substantial administrative structures (Ryder, at pp. 281 and 285) — would preclude the government from creating or maintaining “an actual order of positive laws” to govern society (*Manitoba Reference*, at p. 749; see also *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982), at pp. 88-89). These cases will be extremely rare because, as we will explain below, the legislature is well equipped to respond promptly to immediate declarations of invalidity and to avoid the accrual of vested interests (for example, by invoking s. 33(1) where applicable or by enacting new or amended legislation).

[250] Without a tether to the rule of law, our colleague’s novel category, paired with her call to “respect . . . the role of the legislature” (para. 157), will, over time, allow the flawed rationale of deference to the convenience of the legislature — one of the central causes, if not *the* cause, of the unprincipled expansion of suspended declarations — to resurface. Indeed, her new category is practically indistinguishable from that rationale. If the history of suspended declarations that we have recounted is any indicator of future trends, governments and courts will frequently dodge the constitutional mandate of s. 52(1) by claiming that an immediate declaration has an ostensible “limiting effect” on (para. 130), or would “significantly impair” (paras. 129 and 139) or “undermine” (para. 157), the legislature’s ability to enact

la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Une suspension devrait également être prononcée, nous dit-on, lorsqu’« une déclaration d’invalidité avec effet immédiat limite la capacité du législateur à mettre en place des politiques » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 130 (nous soulignons)). Cette catégorie requiert des précisions. Il ne suffit certainement pas qu’une déclaration « limite » la capacité du législateur à mettre en place des politiques — quel que soit le sens de cette expression — pour justifier l’atteinte continue à des droits garantis par la *Charte*. À notre avis, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité n’est justifiée que lorsqu’on peut démontrer que la reconnaissance avec effet immédiat de droits — à laquelle se sont greffées de façon concomitante la confiance ou l’attente qui seraient ainsi reconnues par le nouveau régime juridique ou à la suite de l’élaboration de structures administratives complexes (Ryder, p. 281 et 285) — empêcherait l’État de créer et de maintenir « un ordre réel de droit positif » régissant la société (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 749, voir également *Northern Pipeline Construction Co. c. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982), p. 88-89). Ces situations sont rarissimes car, comme nous l’expliquerons plus loin, le législateur dispose des outils nécessaires pour réagir promptement aux déclarations d’invalidité avec effet immédiat et pour éviter que des droits soient acquis (en invoquant, par exemple, le par. 33(1), le cas échéant, ou en adoptant une nouvelle loi ou en modifiant une loi existante).

[250] Sans lien avec la primauté du droit, la nouvelle catégorie de notre collègue, conjuguée à son appel au « respect du rôle du législateur » (par. 157) permettra un retour en force graduel de la logique erronée de la déférence envers le bon plaisir du législateur — une des principales causes, sinon *la* cause, du recours arbitraire et de plus en plus généralisé à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité. D’ailleurs, la nouvelle catégorie qu’elle crée est pratiquement indissociable de cette logique. Si l’évolution de la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité que nous avons relatée est un indicateur des tendances qui se dessinent, les gouvernements et les tribunaux risquent de se dérober fréquemment à l’impératif constitutionnel du par. 52(1) en affirmant qu’une déclaration avec effet immédiat « limite »

its “preferred” (para. 176) scheme (e.g. *Guignard*, at paras. 23 and 29-31, and *Ryder*, at pp. 271-72, 286 and 288).

[251] While we appreciate our colleague’s efforts to strive to bring greater consistency and transparency to remedial decision making, we see her enunciation of various “core” or “fundamental” “touchstones” and “principles” as promoting uncertainty and unpredictability instead. Worse, their dubious status only exacerbates the obscurity. It is unclear whether these principles are constitutional, non-constitutional, or constitutive of a new hybrid category. Overall, it is difficult to know how to reconcile our colleague’s statement that “suspensions of declarations of invalidity should be rare” (para. 83) with the imprecision of her expanded principles and categories that justify their usage. There is, quite simply, no need to broaden the “narrow circumstances” in which a suspended declaration can issue (*contra* Karakatsanis J.’s reasons, at para. 132). Indeed, and as we explain below, there is good reason for *not* doing so, since it only risks unduly compromising the enforcement of rights.

[252] In sum, as we see the matter, a suspended declaration of invalidity may be constitutionally issued by a court only to counter a threat to the constitutional principle of the rule of law, which includes threats to public safety. And indeed, a suspended declaration *must* issue in such circumstances, because “[f]or the Court to allow such a situation to arise and fail to resolve it would be an abdication of its responsibility as protector and preserver of the Constitution” (*Manitoba Reference*, at p. 753).

C. *Lessons Learned Post-Schachter*

[253] Before applying the foregoing to the facts of this case, we add the following considerations that

(par. 130) ou « mine » (par. 157) la capacité du législateur d’adopter le régime « qu’il préfère » (par. 176) ou qu’elle « nuirait considérablement » (par. 129 et 139) à cette capacité (p. ex. *Guignard*, par. 23 et 29-31, et *Ryder*, p. 271-272, 286 et 288).

[251] Même si nous saluons les efforts déployés par notre collègue pour rendre plus cohérent et transparent le processus décisionnel relatif aux réparations à accorder, nous estimons que la façon dont elle formule les « principes » et « pierres de touches » « fondamentaux » qu’elle propose favorise plutôt l’incertitude et l’imprévisibilité. Pire encore, leur caractère douteux ne fait qu’exacerber la confusion. On ne sait pas avec certitude si ces principes sont de nature constitutionnelle ou non constitutionnelle, ou s’ils relèvent d’une nouvelle catégorie hybride. Dans l’ensemble, il est difficile de savoir comment on pourrait concilier l’affirmation de notre collègue selon laquelle « l’effet de déclarations d’invalidité devrait être suspendu en de rares cas » (par. 83) avec les vagues principes et catégories élargis qu’elle énonce pour justifier le recours à cette mesure. Il n’est tout simplement pas nécessaire d’élargir la portée des « rares circonstances » dans lesquelles la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité peut être prononcée (*contra*, motifs de la juge Karakatsanis, par. 132). En réalité, comme nous l’expliquons plus loin, il y a de bonnes raisons de *ne pas* le faire, étant donné que cela risque seulement de compromettre indûment l’exercice de droits.

[252] En résumé, à notre avis, le tribunal ne peut prononcer constitutionnellement la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité que pour contrer une menace au principe constitutionnel de la primauté du droit, ce qui englobe les menaces à la sécurité publique. Le tribunal *doit* en fait suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité en pareil cas, parce qu’« [e]n permettant à une telle situation de survenir et en omettant d’y remédier, cette Cour renoncerait à ses fonctions de protectrice et de gardienne de la Constitution » (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 753).

C. *Leçons apprises après l’arrêt Schachter*

[253] Avant d’appliquer ce qui précède aux faits de la présente affaire, nous tenons à ajouter

warrant a return to first principles — that is, that warrant reinstating the rule of law as the sole justification for suspended declarations of invalidity. These considerations are, in effect, lessons that follow from *Schachter*'s jurisprudential progeny that show why it is essential to confine judicial discretion.

[254] First, restraint is imperative because suspending a declaration will often pull a court beyond its institutional competence and capacity. On several occasions where this Court has suspended a declaration of invalidity, the legislature has chosen *not* to enact new legislation (Choudhry and Roach, Table B, at pp. 257-66). Or, as in *Corbiere v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 331, “the new electoral regime instantiated by the government was virtually identical to what would have resulted from the immediate invalidation of the impugned law” (Hoole, at p. 125; see also pp. 124 and 126). Such a deeply regrettable state of affairs should lead us to reflect, even if only briefly, on its significance: this Court, mistakenly believing it had the institutional competence to properly assess whether a suspended declaration was necessary, allowed injury to the *Charter* rights of Canadians to persist unnecessarily. The dangers of judicial activism — indeed, of judicial legislation — are on full display.

[255] Conversely, when an immediate declaration of invalidity is issued, “one may not speak of judicial activism Rather, even though the declaration is channeled through the court, it is in truth issued by [s. 52(1) of] the original constitution” (G. C. N. Webber, “Originalism’s Constitution”, in G. Huscroft and B. W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (2011), 147, at pp. 166-67; see also *Ferguson*, at para. 35, and *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at

quelques considérations supplémentaires qui justifient un retour aux principes premiers, c’est-à-dire aux principes qui permettent de réaffirmer que seule la protection de la primauté du droit justifie de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité. Ces considérations sont en réalité des enseignements tirés des jugements qui ont été rendus dans la foulée de l’arrêt *Schachter* et qui démontrent pourquoi il est essentiel de restreindre le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

[254] En premier lieu, il est impératif que les tribunaux fassent preuve de retenue, parce qu’ils risquent d’outrepasser les limites de leurs compétence et capacité institutionnelles en suspendant l’effet d’une déclaration. Il est arrivé à plusieurs reprises que le législateur choisisse de *ne pas* adopter une nouvelle loi après la suspension, par notre Cour, de l’effet d’une déclaration d’invalidité (Choudhry et Roach, tableau B, p. 257-266). Ou, comme dans l’affaire *Corbiere c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 331, [TRADUCTION] « le nouveau régime électoral instauré par le gouvernement était pratiquement identique à celui qui aurait résulté de l’invalidation avec effet immédiat de la loi contestée » (Hoole, p. 125; voir aussi p. 124 et 126). Une situation aussi regrettable devrait nous faire réfléchir, ne serait-ce que brièvement, sur sa signification : croyant à tort qu’elle avait la compétence institutionnelle pour bien examiner l’opportunité de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, notre Cour a permis trop longtemps que l’on continue ainsi à porter inutilement atteinte à des droits garantis aux Canadiens par la *Charte*. Il s’agit d’une parfaite illustration des dangers de l’activisme judiciaire — de législation judiciaire, en fait.

[255] En revanche, lorsque le tribunal prononce une déclaration d’invalidité avec effet immédiat, [TRADUCTION] « on ne peut parler d’activisme judiciaire [. . .] En réalité, même si c’est le tribunal qui prononce cette déclaration, elle repose en vérité sur [le par. 52(1) de] la constitution originale » (G. C. N. Webber, « Originalism’s Constitution », dans G. Huscroft et B. W. Miller, dir., *The Challenge of Originalism : Theories of Constitutional Interpretation* (2011), 147, p. 166-167; voir également *Ferguson*, par. 35, et *Nouvelle-Écosse (Workers’*

para. 28). The responsibility for responding to the declaration of invalidity then, as our Constitution intended, falls to the legislature — the branch with the competence and toolbox necessary to craft an appropriate response. Not only do legislatures have the ability in certain cases to respond to an immediate declaration of invalidity by using s. 33(1) (as discussed above), but they may also enact amended legislation before or upon release of the Court’s decision (Hoole, at pp. 120-21 and 134; e.g. *Schachter*, at pp. 690 and 724-25; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 92). As Stavsky explains:

A legislature is a functioning entity, fully capable of responding to any set of circumstances. The contention that legislatures act too slowly in emergency situations is erroneous. . . . There are no inherent barriers in the legislative system that prevent expedient action when it is necessary. [p. 345]

In the end, it must not be forgotten that before *Schachter*, immediate declarations of invalidity were the established practice, and some of the Court’s most striking decisions were rendered in this fashion without any adverse consequences (e.g. *Big M Drug Mart; R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). We are unaware of any reports that Parliament or the legislature had difficulty responding to immediate declarations of invalidity then, and it would be pure conjecture on this Court’s part to wonder if they will now.

[256] Secondly, a return to a norm of immediate declarations would have the effect of avoiding this Court’s particularly arbitrary and uninformed exercise of determining the length of a suspension. In *Manitoba Reference*, the Court recognized its limits in this regard: “As presently equipped, the Court is incapable of determining the period of time during which” a suspended declaration should govern

Compensation Board) c. Martin, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 28). La responsabilité de répondre à la déclaration d’invalidité revient alors, comme le prévoit notre Constitution, au législateur — l’organe disposant de la compétence et des moyens nécessaires pour élaborer une réponse appropriée. Non seulement le législateur est-il en mesure de répondre dans certains cas à une déclaration d’invalidité avec effet immédiat en recourant au par. 33(1) (comme nous l’avons déjà vu), mais il peut aussi adopter une loi modifiée avant ou après le prononcé de la décision de la Cour (Hoole, p. 120-121 et 134; voir, p. ex., *Schachter*, p. 690 et 724-725; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 92). Comme l’explique Stavsky :

[TRADUCTION] Une législature est une entité fonctionnelle, parfaitement capable de s’adapter aux situations les plus diverses. Il est faux de prétendre que les législatures tardent à agir dans les situations d’urgence [. . .] Le système législatif ne comporte aucun obstacle inhérent qui empêche d’intervenir rapidement lorsque cela est nécessaire. [p. 345]

Au final, il ne faut pas oublier qu’avant l’arrêt *Schachter*, les déclarations d’invalidité avec effet immédiat étaient la règle, et que certaines des décisions les plus frappantes de notre Cour ont été rendues en ce sens sans aucune conséquence fâcheuse (voir, p. ex., *Big M Drug Mart; R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). À notre connaissance, personne n’a signalé que le Parlement ou les législatures provinciales avaient par le passé eu de la difficulté à répondre à des déclarations d’invalidité avec effet immédiat, et ce serait pure conjecture de la part de notre Cour de se demander s’ils en auraient maintenant.

[256] Deuxièmement, le retour à la norme de la déclaration avec effet immédiat aurait pour effet d’empêcher notre Cour de se livrer à l’exercice particulièrement arbitraire et malavisé consistant à établir la durée d’une suspension. Dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, la Cour a reconnu ses limites à cet égard : « Compte tenu de la documentation dont elle dispose actuellement, la Cour est incapable de déterminer

(p. 769). Nothing we have seen in the intervening 35 years persuades us that this has fundamentally changed.

[257] A court’s institutional incapacity to estimate the amount of time required is only heightened “if there is no majority in government, if party discipline is weakened or if the unelected upper house of Canada’s federal Parliament exercises its powers” (K. Roach, “The Separation and Interconnection of Powers in Canada: The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies” (2018), 5 *J. Int’l Comp. L.* 315, at p. 335). It is no surprise then that, as in the case at bar (see Karakatsanis J.’s reasons, at para. 179), this Court often “appears unwilling to articulate why [its] long period[s] of suspension [are] appropriate,” (A. van Kralingen, “The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage: *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights” (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, at p. 176; e.g. *Corbiere*, at para. 27) and simply resorts to its standard durations of six months, a year, or 18 months with little guidance or consistency (Hoole, at p. 122).

[258] There is, consequently, a strong chance courts will overshoot the mark and allot the legislature more time than it requires. That was the case in *Corbiere*, where the 18-month suspension acted “as a sedative, not a stimulant”, excusing the legislature from acting forthwith (C. Mouland, “Remedying the Remedy: *Bedford*’s Suspended Declaration of Invalidity” (2018), 41 *Man. L.J.* 281, at p. 331; see also Macfarlane, at p. 118). In the end, the legislature waited until the *seventh* month before even *beginning* to respond (Mouland, at p. 331). To allow for an unconstitutional state of affairs, and the maintenance of its “harmful . . . effects [including] exacerbating existing disadvantage and marginalization” (R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015) (“Leckey, *Bills*”), at pp. 173-74) to persist for a day longer than necessary is offensive to our constitutional order. Thus, we strongly reject any notion that affording the legislature “time” is on its

le délai pendant lequel » l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être suspendu (p. 769). Rien dans ce que nous avons vu depuis que cet arrêt a été rendu il y a 35 ans ne nous convainc que cette situation a fondamentalement changé.

[257] L’incapacité institutionnelle des tribunaux à estimer le délai nécessaire n’est que renforcée [TRADUCTION] « si le gouvernement n’est pas majoritaire, la discipline de parti est affaiblie ou la chambre haute non élue du Parlement fédéral exerce ses pouvoirs » (K. Roach, « The Separation and Interconnection of Powers in Canada : The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies » (2018), *J. Int’l Comp. L.* 315, p. 335). Il n’est donc guère étonnant que, comme en l’espèce (voir les motifs de la juge Karakatsanis, par. 179), notre Cour semble souvent [TRADUCTION] « peu disposée à expliquer pourquoi ses longues périodes de suspension sont indiquées » (A. van Kralingen, « The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage : *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights » (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, p. 176; voir, p. ex., *Corbiere*, par. 27) et qu’elle se contente de recourir à des durées types de six mois, un an ou 18 mois, avec peu de balises et sans grande cohérence (Hoole, p. 122).

[258] Les tribunaux risquent donc fort de dépasser les bornes et d’accorder au législateur plus de temps qu’il n’en a besoin. C’est ce qui s’est produit dans l’affaire *Corbiere*, où la suspension de 18 mois accordée a agi [TRADUCTION] « comme un sédatif, et non comme un stimulant », excusant ainsi le législateur d’intervenir rapidement (C. Mouland, « Remedying the Remedy : *Bedford*’s Suspended Declaration of Invalidity » (2018), 41 *Man. L.J.* 281, p. 331; voir également Macfarlane, p. 118). En fin de compte, le législateur a attendu au *septième* mois avant même de *commencer* à répondre (Mouland, p. 331). Laisser une situation inconstitutionnelle perdurer une seule journée de plus que nécessaire fait injure à notre ordre constitutionnel, tout comme le fait de maintenir ses [TRADUCTION] « effets [. . .] néfastes [notamment] l’aggravation des désavantages existants et de la marginalisation » (R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015) (« Leckey,

own a sufficient justification for extending the harms associated with the law in the first place. This brings us to our third point.

[259] It also behooves us to consider the harms inflicted on *Charter* claimants and other affected rights holders by this Court’s liberal and unprincipled use of suspended declarations. In allowing an unconstitutional law to remain in force, a court not only withholds the immediate relief to a successful claimant to which he or she is expressly entitled under s. 52(1) of our Constitution, but also sustains the law’s capacity to produce harm. In the process, the significance of the right at issue is diluted. For this reason, the improper use of suspended declarations pose “a threat to the very idea of constitutional supremacy” (Choudhry and Roach, at p. 230) precisely because they “impose substantial costs on litigants” (Leckey, *Bills*, at p. 170) who must bear the brunt of the unenforced norm (see R. Leckey, *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, March 12, 2014 (online); Burningham, at p. 206; and Macfarlane, at p. 120).

[260] Similarly, suspended declarations can exacerbate pre-existing disadvantage. Dean Leckey highlights how “the delayed declaration risk[s] leveraging factual differences among members [of a litigant’s class] into arbitrary and unjust legal effects” (R. Leckey, “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *ICON* 584, at p. 592). Mouland echoes this when she writes of “horizontal inequity” (p. 338) as a harm incurred by suspended declarations. For instance, in the context of an unconstitutional criminal law, “individuals arrested and charged under the unconstitutional provisions late in the [suspended declaration period] would be much less likely to receive a conviction before that period elapsed than those arrested and charged earlier” (Leckey, at p. 592). The arbitrariness of this result is not only temporally based however, as an individual’s access to resources and socioeconomic position are also determinative:

Bills », p. 173-174). Nous rejetons donc fermement toute idée selon laquelle accorder du « temps » au législateur est en soi une raison suffisante pour justifier au départ de permettre aux effets pervers de la loi de perdurer. Ce qui nous amène à notre troisième point.

[259] Il nous incombe aussi d’examiner le préjudice que le recours libéral et injustifié à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité cause aux personnes qui invoquent la *Charte* et aux autres titulaires de droits touchés. En permettant à une loi inconstitutionnelle de rester en vigueur, le tribunal refuse non seulement au demandeur qui a obtenu gain de cause la réparation immédiate à laquelle il a expressément droit en vertu du par. 52(1) de notre Constitution, mais il permet à cette loi de continuer à causer un préjudice, diluant ainsi l’importance du droit en cause. Pour cette raison, le recours abusif à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité constitue [TRADUCTION] « une menace au concept même de la primauté de la Constitution » (Choudhry et Roach, p. 230) précisément parce qu’on [TRADUCTION] « impose ainsi des frais considérables aux plaideurs » (Leckey, *Bills*, p. 170), qui sont les principales victimes du non-respect de cette norme (voir R. Leckey, *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, 12 mars 2014 (en ligne); Burningham, p. 206; et Macfarlane, p. 120).

[260] De même, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est susceptible d’aggraver un désavantage préexistant. Le doyen Leckey explique comment [TRADUCTION] « la déclaration dont l’effet est différé risque d’entraîner des effets juridiques arbitraires et injustes en raison des différences factuelles qui existent entre les membres [de la même catégorie de plaideurs] » (R. Leckey « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *ICON* 584, p. 592). Mouland reprend ces préoccupations à son compte lorsqu’elle qualifie d’[TRADUCTION] « iniquité horizontale » (p. 338) le préjudice causé par la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité. Si l’on prend l’exemple d’une loi pénale inconstitutionnelle, [TRADUCTION] « les individus arrêtés et accusés en vertu de dispositions inconstitutionnelles alors que le [délai de suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité] tire à sa fin seraient beaucoup moins

“Individuals with decent legal advice . . . know not to plead guilty under the law, but to keep their file open until the suspension lapse[s],” whereas those without such advice, typically the marginalized and vulnerable, may not (p. 592). Further, prosecutorial discretion in charging may be informed by whether the Crown in a particular jurisdiction has knowledge of the government’s intention (or lack thereof) to replace the legislation (and if so, with what), resulting in further arbitrary distinctions among those in the claimant’s class (p. 595). Ultimately, “incarcerating individuals convicted under an interdiction known to violate rights” engenders marginalization and “intensifies concerns for the rule of law and for justice generally” (p. 593; see also p. 595).

susceptibles de faire l’objet d’une déclaration de culpabilité avant l’expiration de ce délai que ceux qui sont arrêtés et accusés plus tôt » (Leckey, p. 592). Le caractère arbitraire de cette situation n’est toutefois pas attribuable uniquement au facteur temps. En effet, l’accès de l’individu à des ressources, de même que sa situation socioéconomique, sont aussi des facteurs déterminants : [TRADUCTION] « Les personnes qui ont été bien conseillées sur le plan juridique [. . .] savent qu’il est préférable de ne pas s’avouer coupables d’une infraction à la loi et de laisser leur dossier actif jusqu’à ce que le délai prévu pour la suspension expire », tandis que celles qui n’ont pas reçu ce conseil — souvent des personnes marginalisées et vulnérables — risquent de l’ignorer (p. 592). De plus, le ministère public est susceptible d’être influencé, lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non, par le fait qu’il soit au courant que le gouvernement concerné a ou non l’intention de remplacer les dispositions législatives en question — et, dans l’affirmative, par quelles dispositions —, ce qui entraîne d’autres distinctions arbitraires entre les membres du groupe du demandeur (p. 595). En fin de compte, [TRADUCTION] « l’incarcération de personnes reconnues coupables en vertu d’une interdiction dont on sait qu’elle viole des droits » engendre la marginalisation et « renforce la crainte que l’on porte atteinte à la primauté du droit et à la justice en général » (p. 593; voir aussi p. 595).

[261] In addition to its potential to extend harm, the routine use of suspended declarations risks discouraging rights holders from bringing *Charter* claims forward in the first place. Commentators have suggested that suspended declarations “contribute to a chilling effect on constitutional litigation in Canada. . . . [T]here is a legitimate risk that suspended declarations add to the already steep disincentives against individuals initiating constitutional challenges” (Hoole, at p. 131; see also Ryder, at p. 287). We see a case in point in our colleague’s “balancing the harms” (para. 131) approach, which adds one more step at which claimants must assert their rights against other factors. It cannot be anything but discouraging for potential *Charter* claimants to know that, under our colleague’s test, even where

[261] Outre le danger qu’il comporte de causer un préjudice, le recours systématique à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité risque de dissuader dès le départ les titulaires de droits de présenter des demandes fondées sur la *Charte*. Des auteurs de doctrine ont avancé l’idée que pareille suspension [TRADUCTION] « contribue à refroidir les ardeurs de ceux qui voudraient entreprendre des litiges constitutionnels au Canada. [I]l existe un risque bien réel que la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité s’ajoute aux facteurs de dissuasion déjà importants qui découragent les justiciables d’amorcer une contestation constitutionnelle » (Hoole, p. 131; voir également Ryder, p. 287). Nous trouvons, à titre de bel exemple, l’approche fondée sur « l’équilibre [. . .] entre les préjudices » que notre collègue propose

the government fails to justify the infringement of their *Charter* rights under s. 1, they must be ready to parry any “identifiable public interest” (para. 83; see also paras. 117, 139 and 171) that the government can muster to justify allowing that infringement to persist.

[262] In contemplating a test for suspended declarations then, we must recognize that the balancing at the s. 1 stage has already been resolved in *favour* of the protection of the *Charter* right. For a court to then alter this balance *against* the protection of that right strikes us as a monumental and unfortunate step. This is especially so where a court has already concluded that there is no rational connection between a law’s *Charter* infringement and its objective (*contra Figueroa*, at paras. 86 and 92-93): if an impugned law is not rationally serving the interests it purports to in the first place, we fail to see why the law should remain temporarily in effect. Again, we would return to first principles. Courts should legitimize a deviation from the initial balance struck only where the weighty interest in originally protecting the right is outweighed by a threat to the rule of law.

[263] A final point of concern. Suspended declarations, if used improperly (as we see this Court having used them), can actually undermine the rule of law they were designed to preserve in at least two ways. First, suspended declarations can lead to uncertainty in the law. For example, this Court’s suspended declaration in *Bedford* caused such significant uncertainty that “police and prosecution units across the country took different approaches to laying charges under the provisions maintained temporarily in effect, generating [extensive] litigation” and concern about unjust imprisonment (Leckey, *Bills*, at p. 176; see also Hoole, at pp. 125-26). Secondly, suspended

(par. 131) et qui a pour objet d’ajouter une étape au cours de laquelle les demandeurs doivent revendiquer leurs droits en regard d’autres facteurs. Il ne peut être que décourageant pour l’éventuel auteur d’une demande fondée sur la *Charte* de savoir que, selon le test appliqué par notre collègue, même lorsque le gouvernement n’arrive pas à justifier en vertu de l’article premier l’atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, il doit être prêt à riposter à tout « intérêt public identifiable » (par. 83; voir aussi par. 117, 139 et 171) que le gouvernement peut lui opposer pour justifier la poursuite de cette atteinte.

[262] Lorsqu’on envisage un test en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité, on doit donc reconnaître que la mise en équilibre effectuée à l’étape de l’article premier a déjà été résolue en *faveur* de la protection du droit garanti par la *Charte*. Le fait qu’un tribunal vienne ensuite rompre cet équilibre au *détriment* de la protection de ce droit constitue un pas majeur regrettable, surtout lorsque le tribunal a déjà conclu qu’il n’existe pas de lien rationnel entre l’atteinte portée par une loi à la *Charte* et l’objectif que cette loi poursuit (*contra, Figueroa*, par. 86 et 92-93). Si elle ne sert pas rationnellement les intérêts qu’elle est censée protéger en premier lieu, nous ne voyons pas pourquoi la loi contestée devrait demeurer temporairement en vigueur. Là encore, nous reviendrions aux principes premiers. Les tribunaux ne devraient légitimer toute rupture de l’équilibre initial atteint que lorsque la menace à la primauté du droit est plus importante que l’intérêt de taille à protéger au départ le droit en question.

[263] Une dernière question. Lorsqu’utilisée de manière inappropriée (comme nous constatons que notre Cour l’a fait), la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité risque en fait de miner d’au moins deux façons la primauté du droit qu’elle était censée protéger. En premier lieu, la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité peut créer de l’incertitude dans le droit. Par exemple, la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité prononcée par notre Cour dans l’arrêt *Bedford* a engendré une telle incertitude que [TRADUCTION] « les policiers et les services des poursuites de partout au pays ont adopté des approches différentes pour déposer

declarations can “lessen the consequences for lawmakers of enacting laws that violate the [*Charter*, which] in turn, reduces the incentives for complying with rights when making [the] law” (Leckey, *Bills*, at p. 177; see also *Schachter*, at p. 728, per La Forest J.: “It is the duty of the courts to see that . . . laws conform to constitutional norms and declare them invalid if they do not. This imposes pressure on legislative bodies to stay within the confines of their constitutional powers from the outset.”). Professor Ryder explains:

One result of routinely suspending declarations of invalidity when legislation unjustifiably infringes Charter rights and freedoms is that the costs to lawmakers of risking Charter violations may no longer be apparent. . . . Lawmakers might be getting the message that they take no significant risks if they pass laws without serious regard for Charter rights and freedoms. . . . The consequences of drafting laws that may violate the Charter, from a government’s point of view, may be nothing worse than litigation and a second chance at drafting Charter-compliant legislation a few years down the road. [p. 288]

In other words, suspended declarations have actually become an invitation for governments to be bolder with their legislation, because the potentially negative consequences of doing so have been so largely contained, or are uncertain to occur. A remedy initially designed to *serve* the rule of law, in the absence of being grounded in the Constitution, now risks *causing*, even *promoting*, its violation (Ryder, at p. 288). We would therefore return to the familiar rule of law path that was set in *Manitoba Reference*, and that is entirely within the province of the judiciary. And we would leave the concerns for

des accusations en vertu des dispositions qui ont été maintenues temporairement en vigueur, ce qui a donné lieu à [un grand nombre] de litiges » et a suscité des craintes d’emprisonnement injuste (Leckey, *Bills*, p. 176; voir également Hoole, p. 125-126). En second lieu, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est susceptible [TRADUCTION] « d’atténuer les conséquences auxquelles s’expose le législateur qui a édicté une loi qui viole la [*Charte*, ce qui,] à son tour, réduit les incitatifs à respecter les droits lorsqu’il légifère » (Leckey, *Bills*, p. 177; voir également *Schachter*, p. 728, le juge La Forest : « Les tribunaux ont le devoir de veiller à ce que les lois répondent aux normes constitutionnelles et de les déclarer inopérantes dans le cas contraire. Ils exercent ainsi une pression sur les corps législatifs qui doivent, dès le départ, s’en tenir aux limites de leurs pouvoirs constitutionnels. »). Le professeur Ryder explique :

[TRADUCTION] L’une des conséquences de la suspension systématique de l’effet des déclarations d’invalidité lorsqu’une loi porte atteinte de manière injustifiée à des droits et libertés garantis par la *Charte* est que le prix que doit payer le législateur lorsqu’il risque de violer la *Charte* n’est peut-être plus évident. [. . .] On laisse ainsi entendre au législateur qu’il ne court pas un grand risque s’il adopte des lois sans tenir vraiment compte des droits et libertés consacrés par la *Charte*. [. . .] Du point de vue du gouvernement, la pire conséquence de la rédaction de lois susceptibles de violer la *Charte* est la perspective d’un litige et la possibilité d’avoir une deuxième chance de rédiger quelques années plus tard une loi conforme à la *Charte*. [p. 288]

En d’autres termes, la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité a en réalité pour effet d’inviter en quelque sorte les gouvernements à être plus audacieux lorsqu’ils légifèrent, puisque les conséquences potentiellement négatives auxquelles ils s’exposent sont étroitement circonscrites et qu’elles ne se produiront pas nécessairement. Un recours qui était conçu à l’origine pour *servir* la primauté du droit risque maintenant, s’il n’est pas fondé sur la Constitution, de *provoquer*, voire de *favoriser*, sa violation (Ryder, p. 288). Nous préconisons donc un retour à la démarche bien connue axée sur la

policy-making constraints to those orders of the state (legislative and executive) that know of such matters.

D. Conclusion

[264] This Court’s use of suspended declarations as an instrument of remedial delegation to the legislature is not only “at odds with the precepts of Canada’s constitutional model [but] has [also] produced a problem of analytic incoherency, exacerbated flawed institutional assumptions that impose undue costs on *Charter* claimants, and caused unnecessary injury to *Charter* rights” (Hoole, at p. 147). Beyond upholding the constitutional principle of the rule of law, we see no defensible justification — at least no judicially cognizable justification — for a court to suspend the enforcement of constitutional rights. If the Court’s concern with using immediate declarations is deferential restraint, we say that *true* deference lies in conforming to the Constitution, and not in “engag[ing] in a discretionary exercise each time” (Leckey, *Bills*, at p. 178; see also p. 177).

[265] It is tempting, and indeed it is venerable judicial methodology to scrutinize decided cases to discern principles that allow us to reconcile those cases with each other, and to identify a path forward in deciding a present case. But it must be borne in mind what is at stake. Fundamentally, “[i]t is the duty of the courts to uphold the Constitution, not to seal its suspension” (*Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 463-64). Unless, therefore, an immediate declaration of invalidity would transgress the rule of law — the very “foundation of [our] [C]onstitution” (*Manitoba Reference*, at

primauté du droit qui a été énoncée dans le *Renvoi relatif au Manitoba* et qui relève entièrement de la compétence des tribunaux. Et nous laisserions aux organes de l’État — le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif — le soin de se pencher sur les contraintes dont est assortie l’élaboration de politiques publiques, lesquelles sont des questions qu’ils connaissent.

D. Conclusion

[264] L’utilisation, par notre Cour, de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité comme moyen de déléguer son pouvoir de réparation au législateur est non seulement [TRADUCTION] « incompatible avec les préceptes du modèle constitutionnel canadien [mais] elle a [aussi] créé un problème d’incohérence analytique, en plus d’amplifier des hypothèses institutionnelles erronées qui font subir des coûts excessifs aux auteurs de demandes fondées sur la *Charte* et qui ont porté inutilement atteinte à des droits garantis par la *Charte* » (Hoole, p. 147). Mis à part le respect du principe constitutionnel de la primauté du droit, nous ne voyons aucune raison défendable — à tout le moins aucune justification reconnue par les tribunaux — pour laquelle un tribunal suspendrait l’application de droits constitutionnels. Si la Cour hésite à prononcer des déclarations avec effet immédiat à cause de la retenue dont elle doit faire preuve, nous estimons que la véritable retenue consiste à respecter la Constitution et non à [TRADUCTION] « exercer dans tous les cas son pouvoir discrétionnaire » (Leckey, *Bills*, p. 178; voir aussi p. 177).

[265] Il est tentant — et c’est d’ailleurs une méthode judiciaire fort respectable — de scruter la jurisprudence pour en dégager des principes qui nous permettent de concilier les décisions déjà rendues et de trouver la démarche à suivre pour trancher une affaire en cours. Mais il ne faut pas oublier ce qui est en jeu. Fondamentalement, « [i]l incombe aux tribunaux de faire observer la Constitution, non d’entériner sa suspension » (*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 463-464). Ainsi, à moins qu’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat ne transgresse la primauté du droit — laquelle est la « base

p. 766) — the *Charter* must not be abrogated. We return again to Professor Ryder, who makes the point compellingly:

. . . suspended declarations . . . appea[r] to conflict with [s. 52(1)] and section 1 of the Charter. These sections place on governments the responsibility for demonstrating that limits on rights and freedoms are justified, and they place on the judiciary the responsibility for declaring invalid laws that have not been so justified. . . . Judges partially abdicate their constitutional obligations if they grant to legislatures the responsibility for initially bringing invalid legislation into compliance with constitutional norms whenever a range of Charter-compliant options exists. Remedial dialogue should follow *after* the judiciary has exercised its section 52 responsibilities; it should not provide a reason for temporarily abdicating those responsibilities in the first place. [Emphasis in original; p. 282.]

[266] With great respect to our colleague who strives to find meaningful principles in what is a haphazard body of case law, it is time to restore discipline and restraint to this Court’s approach to suspended declarations, and re-impose narrow conditions that give practical effect to its statements that the suspended declaration is a “high standard” to meet and an “extraordinary step” (*R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, at para. 2). As we see it, this can only be done by turning back the clock to *Manitoba Reference* and reverting to its sound guidance that suspended declarations ought to be unusual and exigent, reserved exclusively for those cases where the rule of law is imperilled. The solution is *not* to rely on “principles” in decided cases that simply are not there to be seen. As was said by Lord Shaw of Dunfermline more than a century ago, “[t]o remit the maintenance of constitutional right to the region of judicial discretion is to shift the foundations of freedom from the rock to the sand” (*Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), at p. 477). When it comes to

[même] de [notre] [C]onstitution » (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 766) — il ne faut pas abroger la *Charte*. Nous citons de nouveau le professeur Ryder, qui fait valoir ce point de manière convaincante :

[TRADUCTION] . . . les suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité semblent incompatibles avec [le par. 52(1)] et l’article premier de la *Charte*. Ces dispositions obligent les gouvernements à démontrer que les limites apportées aux droits et libertés sont justifiées, et elles imposent aux tribunaux la responsabilité de déclarer invalides les lois dont la justification n’a pas été démontrée [. . .] Les juges abdiquent en partie leurs obligations constitutionnelles s’ils font porter au législateur la responsabilité de rendre dès le début une loi invalide conforme aux normes constitutionnelles lorsqu’il existe plusieurs solutions pour rendre cette loi conforme à la *Charte*. Un dialogue sur les réparations qui peuvent être accordées devrait se tenir *une fois que* le pouvoir judiciaire s’est acquitté des responsabilités que lui impose l’article 52 : ce dialogue ne devrait pas servir de raison de se soustraire au départ temporairement à ces responsabilités. [En italique dans l’original; p. 282.]

[266] Avec égards pour notre collègue, qui s’efforce de dégager des principes utiles d’une jurisprudence désordonnée, nous estimons que le temps est venu de rétablir la discipline et la retenue dans la démarche à suivre par notre Cour en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité, et d’imposer de nouveau des conditions strictes pour donner concrètement effet aux affirmations de notre Cour suivant lesquelles la suspension de la prise d’effet d’une déclaration d’invalidité est une « norme rigoureuse » et une « mesure extraordinaire » (*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13, par. 2). À notre avis, on ne peut y parvenir qu’en revenant aux principes énoncés dans le *Renvoi relatif au Manitoba* et en reprenant son sage conseil suivant lequel la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être une mesure exceptionnelle qui doit être réservée exclusivement aux situations dans laquelle la primauté du droit est en péril. La solution *ne* consiste *pas* à se fonder sur des « principes » qui ne sont tout simplement pas discernables dans la jurisprudence. Comme le disait

protecting *Charter* rights from undue suspension, it must be the law, our Constitution — not pure discretion (which our colleague only nominally rejects) — that is in command. Accordingly, this Court should not shy away from using immediate declarations of invalidity in the future. In most cases, immediate declarations are necessary to enforce protected rights, uphold constitutionalism, and vindicate the rule of law. We now turn to applying this approach to the case at bar.

E. *Application*

[267] In our view, granting an immediate declaration of invalidity in this case would threaten public safety and, therefore, the rule of law. We find the concerns in this case to be of the nature and magnitude of those that warranted suspended declarations in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1021 (holding that the detention of *all* persons found not guilty by reason of (what was then called) “insanity” was arbitrary because some will not be dangerous at the time of sentencing) and *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paras. 56-57 (holding that absolute discharges must be *available* to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety). In *Swain*, the Court considered that an immediate declaration would mean that “judges will be compelled to release into the community all insanity acquittees, including those who may well be a danger to the public” (p. 1021). Because of potentially “serious consequences” (p. 1021) to public safety, the Court issued a six-month suspended declaration of invalidity (p. 1022). Likewise, in *Demers*, the Court found that “striking down the legislation could create a danger to public safety” (para. 57) as it would, by necessary implication of its holding, have

lord Shaw of Dunfermline il y a plus d’un siècle, [TRADUCTION] « [c]onfier la tâche de protéger des droits constitutionnels aux tribunaux dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire revient à faire reposer les fondements de la liberté sur du sable plutôt que sur le roc » (*Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), p. 477). Lorsqu’il s’agit de protéger des droits garantis par la *Charte* contre une suspension injustifiée, c’est la loi, en l’occurrence notre Constitution — et non un pouvoir discrétionnaire absolu (que notre collègue ne rejette que pour la forme) — qui doit prévaloir. En conséquence, notre Cour ne devrait pas hésiter à l’avenir à prononcer des déclarations d’invalidité avec effet immédiat. Dans la plupart des cas, il est nécessaire de prononcer une déclaration avec effet immédiat pour faire respecter des droits protégés, maintenir le constitutionnalisme et défendre la primauté du droit. Nous allons maintenant appliquer cette démarche au cas qui nous occupe.

E. *Application*

[267] Selon nous, prononcer une déclaration d’invalidité avec effet immédiat en l’espèce constituerait une menace à la sécurité publique et, par conséquent, à la primauté du droit. Nous estimons que les inquiétudes soulevées dans la présente affaire sont de la même nature et de la même ampleur que celles qui avaient justifié une suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité dans l’affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1021 (où la Cour avait jugé que la détention de *toutes* les personnes déclarées non coupables pour cause d’aliénation mentale était arbitraire parce que certaines d’entre elles ne sont pas dangereuses au moment de la détermination de la peine) et dans l’affaire *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 56-57 (où la Cour avait jugé que les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devaient *pouvoir bénéficier* d’une libération inconditionnelle). Dans l’arrêt *Swain*, la Cour a estimé que, si une déclaration avec effet immédiat était prononcée, « les juges seront obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d’aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le

given absolute discharges to some unfit accused who *did* pose a threat to society.

[268] Similarly, in this case, an immediate declaration would mean that the *Christopher's Law* registry would not apply to all persons found NCRMD who have been granted absolute discharges by the Ontario Review Board. While we are confident *Christopher's Law* captures persons who do not pose a significant risk of reoffending, we are equally confident that it also captures many who do. The application judge accepted Dr. Hanson's evidence that, in general, persons found NCRMD pose an elevated risk of committing another sexual offence as compared to the general population, and further, that those who receive an absolute discharge have an increased probability of offending (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, at paras. 102, 103, 112 and 165). An absolute discharge cannot be equated with an absence of a risk of recidivism (*Ferguson v. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104, at paras. 1, 3 and 41-45; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313, at paras. 33-35 (CanLII)). Indeed, in some cases, the review board might not have granted an absolute discharge had they known the person found NCRMD was not going to be subject to *Christopher's Law*.

[269] Most importantly, it must be remembered that the "recidivism risk" we are referring to in this case is the risk of committing sexual offences,

public » (p. 1021). En raison des éventuelles « conséquences graves » (p. 1021) pour la sécurité publique, la Cour a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de six mois (p. 1022). De même, dans l'affaire *Demers*, la Cour a conclu que « l'annulation de la loi pourrait engendrer un risque pour la sécurité du public » (par. 57) étant donné que sa décision aurait nécessairement pour conséquence d'accorder la libération inconditionnelle à certains accusés inaptes qui constituent *effectivement* une menace pour la société.

[268] De même, en l'espèce, une déclaration avec effet immédiat signifierait que le registre des délinquants sexuels prévu par la *Loi Christopher* ne s'appliquerait pas à l'ensemble des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui se sont vu accorder une libération inconditionnelle par la Commission ontarienne d'examen. Quoique nous soyons certains que la *Loi Christopher* s'applique aux personnes qui ne présentent pas un risque élevé de récidive, nous sommes tout aussi certains qu'elle vise aussi de nombreuses personnes qui présentent un tel risque. Le juge de première instance a accepté le témoignage du docteur Hanson suivant lequel, en règle générale, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux présentaient un risque élevé par rapport à la population générale de commettre une autre infraction sexuelle et que celles qui bénéficient d'une libération inconditionnelle risquaient davantage de récidiver (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, par. 102, 103, 112 et 165). On ne peut assimiler une libération inconditionnelle à une absence de risque de récidive (*Ferguson c. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104, par. 1, 3 et 41-45; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313, par. 33-35 (CanLII)). D'ailleurs, dans certains cas, la commission d'examen n'aurait peut-être pas accordé une libération inconditionnelle si elle avait su que la personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux ne serait pas assujettie à la *Loi Christopher*.

[269] Plus important, il faut se rappeler que le « risque de récidive » dont nous parlons en l'espèce est celui de commettre des infractions d'ordre

“violent crimes that . . . cause profound harm” to our most vulnerable (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 5). Removing all absolutely discharged persons found NCRMD from the *Christopher’s Law* registry would significantly hamper the prevention and investigation of these offences. Given that an immediate declaration of invalidity would remove persons found NCRMD who *are* potentially dangerous from the registry, it would, like in *Swain* and *Demers*, create a lacuna in the regime that would undoubtedly pose a danger to the public and thus threaten the rule of law.

[270] In addition to public safety, our colleague adds what she considers an additional justification to suspend the declaration of invalidity: she would suspend the declaration on the basis of “preserving the legislature’s latitude to respond to the finding of unconstitutionality” (para. 178). With respect, there is no reason to suppose that difficulty in getting persons found NCRMD back on the registry (see para. 176) would reduce the number of ways in which the legislature could provide an opportunity for exemption, or otherwise undermine the effectiveness of that policy choice (para. 130). The legislature could simply enact amended legislation that, like the current version of *Christopher’s Law*, requires everyone who falls under its jurisdiction to report forthwith, subject to penalty (ss. 3(1) and 11(1)).

[271] In any event, and for the reasons we have already given, the practical difficulties that a government may face in rolling out constitutionally compliant legislation cannot justify suspending *Charter* rights. Indeed, to us this indicates how dangerously close our colleague’s new category comes to the impermissible rationale of legislative deference from which this Court should disassociate itself. Rather than depending on vague notions of “the public’s

sexuel, « des crimes violents qui [. . .] causent un tort immense » aux membres les plus vulnérables de notre société (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 5). Retirer du registre de la *Loi Christopher* toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d’une libération inconditionnelle entraverait considérablement la prévention de ces infractions, de même que les enquêtes menées sur celles-ci. Étant donné qu’elle retirerait du registre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui *sont* potentiellement dangereuses, une déclaration d’invalidité avec effet immédiat créerait, comme dans les affaires *Swain* et *Demers*, une faille dans le régime qui présenterait incontestablement un danger pour le public et, partant, une menace à la primauté du droit.

[270] Outre la menace à la sécurité publique, notre collègue ajoute ce qu’elle estime être une raison de plus de suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité : elle en suspendrait l’effet pour protéger « la capacité du législateur de répondre au constat d’inconstitutionnalité » (par. 178). Avec égards, nous estimons qu’il n’y a aucune raison de supposer que la difficulté de réinscrire au registre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux (voir par. 176) limiterait l’éventail de choix qui s’offrent au législateur pour accorder à ces personnes la possibilité de bénéficier d’une exemption ou qu’elle compromettrait par ailleurs l’efficacité de ce choix stratégique (par. 130). Le législateur pourrait tout simplement modifier la loi et, comme le prévoit la version actuelle de la *Loi Christopher*, obliger toute personne relevant de sa compétence à se présenter sans délai aux autorités, sous peine de sanctions (par. 3(1) et 11(1)).

[271] En tout état de cause, et pour les motifs que nous avons déjà exposés, les difficultés concrètes auxquelles un gouvernement peut être confronté lors de la mise en œuvre d’une loi qui est conforme à la Constitution ne peuvent justifier la suspension de droits garantis par la *Charte*. En effet, cela nous indique à quel point la nouvelle catégorie proposée par notre collègue se rapproche dangereusement du raisonnement inadmissible fondé sur la déférence

interest in legislation enacted for its benefit” and “the role of the legislature” (para. 166), we would instead ground a suspended declaration of invalidity here solely on the threat to the rule of law that would otherwise manifest in the form of a threat to public safety.

[272] Nor do we see any need for our colleague to invoke “the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong” in this case (para. 177). Were our colleague’s new approach to suspended declarations grounded in the constitutional principle of the rule of law, such commentary would not be necessary. Indeed, it appears to be necessitated only by what we see as our colleague’s unsound “balancing” approach, since showing that it works in practice requires her to identify some concern to place on the respondent’s side of the scale to weigh against suspending the declaration (para. 177).

IV. Individual Exemptions

[273] If a suspended declaration of invalidity should be rare, then an individual exemption from that suspension must be exceedingly so. Indeed, this Court’s jurisprudence dictates that, in order to respect the role of the legislature, the limits of a court’s institutional capacity, and the potential for horizontal unfairness, an individual exemption is only appropriate in *highly* “unusual cases where additional s. 24(1) relief is necessary to provide the claimant with an effective remedy” (*Ferguson*, at para. 63 (emphasis added); see also *Schachter*, at p. 720; *Demers*, at paras. 62-63). We see no reason to depart from this.

[274] A helpful consideration in determining whether an individual exemption is necessary to provide an “effective” remedy is to ask the

à l’égard du législateur dont notre Cour devrait se dissocier. Au lieu de nous en remettre à de vagues concepts d’« intérêt qu’a le public à ce que des lois soient adoptées pour son bénéfice » et de « rôle du législateur » (par. 166), nous estimons plutôt que la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité en l’espèce n’est justifiée que s’il existe une menace à la primauté du droit qui se manifesterait autrement sous la forme d’un danger pour la sécurité publique.

[272] Nous ne voyons pas non plus l’utilité pour notre collègue d’invoquer « l’importance de la violation des droits qui persisterait temporairement si l’effet de la déclaration d’invalidité était suspendu » en l’espèce (par. 177). Si la nouvelle approche proposée par notre collègue en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité était fondée sur le principe constitutionnel de la primauté du droit, ce commentaire serait superflu. En effet, il semble ne s’imposer qu’à cause de l’approche peu judicieuse axée sur l’atteinte d’un équilibre que préconise notre collègue, puisque, pour montrer que cette approche fonctionne concrètement, notre collègue est contrainte de trouver une préoccupation en faveur de l’intimé pour faire pencher la balance contre la suspension de l’effet de la déclaration (par. 177).

IV. Exemptions individuelles

[273] Si une suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité doit rarement être accordée, une exemption individuelle de cette suspension ne doit l’être que dans des cas rarissimes. En effet, suivant la jurisprudence de notre Cour, pour respecter le rôle du législateur et les limites de la capacité institutionnelle du tribunal et pour éviter le risque d’iniquité horizontale, il ne convient d’accorder une exemption individuelle que dans « les cas [*hautement*] exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur » (*Ferguson*, par. 63 (nous soulignons); voir également *Schachter*, p. 720; *Demers*, par. 62-63). Nous ne voyons aucune raison de nous écarter de cette position.

[274] Pour déterminer s’il est nécessaire d’accorder une exemption individuelle en vue d’octroyer une réparation « efficace », il est utile de se poser la

question the interveners, the David Asper Centre for Constitutional Rights, and the Attorney General of Canada, posit: whether an exemption is necessary to prevent “irreparable harm” to the interests the *Charter* was designed to protect during the suspension (Asper Centre factum, at para. 2; A.G.C. factum, at para. 55; Roach, *Constitutional Remedies*, at §§14.60, 14.910, 14.930 and 14.1790). The case for irreparable harm must be so significant that it overcomes the weighty need to leave the manner of addressing a constitutional infringement to the legislature. For example, an exemption may be warranted where the litigant needs urgent medical treatment or to ensure the claimant is released from custody. In our view, the test from *Ferguson* gives flexible interpretation to the words “appropriate and just” in s. 24(1) and allows courts to adhere to their role as defender of fundamental rights by minimizing any injustice caused by the suspension while also — by limiting exemptions to exceptional cases — allowing the legislature to discharge its singular role in formulating complex and multi-faceted legislation.

[275] Considered here, this is not one of those rare cases where an individual exemption is warranted. There is, to speak plainly, nothing highly unusual about this case: a delayed remedy will not deprive Mr. G of an effective one, nor preclude him from accessing the government’s new opportunity for exemption in whatever form that may take. Further, a suspended declaration of 12 months means that Mr. G will, at most, have to report to the police station one more time (for approximately 30-60 minutes (Sup. Ct. reasons, at para. 58)) as part of his obligation to report annually (see *Christopher’s Law*, at ss. 3(1)(f)-(g)). This is a far cry from “irreparable harm”. We are, therefore, in respectful disagreement with our colleague’s decision to grant Mr. G an individual exemption.

[276] What is particularly troubling, however, is that our colleague’s reasons appear to establish a

question que les intervenants le David Asper Centre for Constitutional Rights et le procureur général du Canada soulèvent en l’espèce : est-il nécessaire d’accorder une exemption pour empêcher qu’un « préjudice irréparable » soit causé aux droits que la *Charte* est censée protéger au cours de la suspension (mémoire du Asper Centre, par. 2; mémoire du P.G.C., par. 55; Roach, *Constitutional Remedies*, §§ 14.60, 14.910, 14.930 et 14.1790). Les arguments fondés sur l’existence d’un préjudice irréparable doivent être convaincants au point de surmonter l’importante nécessité de laisser au législateur le soin de décider comment il convient de redresser une violation de la Constitution. Par exemple, une exemption peut être justifiée lorsque le plaideur a besoin d’un traitement médical urgent ou pour assurer sa mise en liberté. À notre avis, le critère de l’arrêt *Ferguson* débouche sur une interprétation souple des mots « convenable et juste » qui figurent au par. 24(1) et permet aux tribunaux de s’acquitter de leur rôle de défenseur des droits fondamentaux en minimisant toute injustice causée par la suspension tout en permettant aussi au législateur — en limitant les exemptions à des cas exceptionnels — de remplir le rôle unique qui lui incombe de formuler des lois complexes et multidimensionnelles.

[275] En l’espèce, il ne s’agit pas d’un de ces rares cas où une exemption individuelle est justifiée. La présente affaire n’a, à vrai dire, rien d’exceptionnel : M. G ne se verra pas refuser une réparation efficace parce qu’il doit attendre pour l’obtenir et il ne sera pas empêché de saisir la prochaine occasion que lui offrira le gouvernement pour se prévaloir d’une exemption, peu importe la forme qu’elle prendra. En outre, une suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité d’une durée de 12 mois signifie que M. G devra tout au plus se présenter au poste de police une fois de plus (pendant environ 30 à 60 minutes (motifs de la C.S., par. 58)) pour satisfaire à son obligation de se présenter chaque année aux autorités (voir la *Loi Christopher*, al. 3(1)f) et g)). On est loin d’un « préjudice irréparable ». Nous sommes donc respectueusement en désaccord avec la décision de notre collègue d’accorder une exemption individuelle à M. G.

[276] Ce qui est particulièrement troublant, toutefois, c’est le fait que, dans ses motifs, notre collègue

presumption in favour of individual exemptions in all cases (“if an exemption is otherwise appropriate and just, they should be exempted from suspensions in the absence of a compelling reason not to” (para. 152)). We therefore proceed to offer two important reasons why an individual exemption is inappropriate in this case, and in turn, why setting such a presumption and departing from the collective wisdom of *Schachter, Demers, and Ferguson*, is imprudent.

[277] First, in this case, as in most, crafting an individual exemption will exceed the competence of a court and encroach on what is at bottom an issue for resolution by the legislature. This Court has long made clear that filling gaps in unconstitutional legislation is a task for the legislature, not the judiciary (*Hunter v. Southam*, at p. 169; see also *Schachter*, at pp. 705 and 707).

[278] In the case at bar, the legislature is in a far better position than this Court — indeed it is its role — to determine, through research and study, what the appropriate mechanism is to provide persons found NCRMD with the opportunity for exemption, who has the necessary expertise to grant those exemptions, and which factors ought to inform that inquiry. Indeed, there are a plethora of options for the legislature to choose from. Our colleague even acknowledges as much:

... reading in an individualized assessment requirement would intrude on the legislative sphere — there are many ways to provide for such an assessment and “it is the legislature’s role to fill in the gaps, not the court’s” (*Schachter*, at p. 705). [Emphasis added; para. 165.]

(See also para. 183.)

semble créer une *présomption en faveur* d’exemptions individuelles dans tous les cas (« si, à tous autres égards, une exemption constitue une réparation convenable et juste, les demandeurs devraient être exemptés des suspensions s’il n’existe aucun motif impérieux de ne pas leur accorder une telle réparation » (par. 152)). Nous tenons par conséquent à mentionner deux raisons importantes pour lesquelles nous estimons qu’il ne convient pas d’accorder une exemption individuelle en l’espèce et, partant, pourquoi il est imprudent d’établir une telle présomption et de faire fi des sages enseignements des arrêts *Schachter, Demers* et *Ferguson*.

[277] Premièrement, dans la présente affaire, comme dans la plupart des autres, l’élaboration d’une exemption individuelle déborde le cadre de la compétence du tribunal et empiète sur ce qui est au fond une question que doit résoudre le législateur. Notre Cour a depuis longtemps bien précisé que c’est au législateur et non aux tribunaux qu’il appartient de combler les lacunes des lois inconstitutionnelles (*Hunter c. Southam*, p. 169; voir également *Schachter*, p. 705 et 707).

[278] Dans le cas qui nous occupe, le législateur est bien mieux placé que notre Cour — et c’est d’ailleurs son rôle — pour décider, après avoir effectué des recherches et étudié la question, quel est le mécanisme qui convient le mieux pour offrir aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité de bénéficier d’une exemption. C’est lui qui possède l’expertise nécessaire pour accorder cette exemption et pour déterminer quels facteurs devraient guider cette analyse. En effet, le législateur dispose d’une vaste gamme d’options. Même notre collègue le reconnaît :

... une interprétation large de la *Loi Christopher* selon laquelle cette loi exige qu’une évaluation individuelle soit réalisée empiéterait sur le domaine législatif. En effet, il y a maintes façons de procéder à une telle évaluation et « [i] appartient [...] aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes » (*Schachter*, p. 705). [Nous soulignons; par. 165.]

(Voir aussi par. 183.)

[279] The Court of Appeal similarly notes that, because the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 (“SOIRA”), has been invalidated in Ontario, the Ontario legislature and Parliament will have to consult one another as to the best way to provide exemptions for those unconstitutionally affected:

There are several ways in which Parliament and the Ontario legislature could make the sex offender registry legislation compliant with s. 15(1) of the *Charter*. Those choices engage various policy considerations. There is also a need for a co-ordinated response by the two legislative bodies. The evaluation of those policy considerations and the mechanics of implementing a co-ordinated response are best left to Parliament and the legislature. [2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161, at para. 150]

[280] However, while acknowledging “reading in an individualized assessment requirement would intrude on the legislative sphere” (para. 165), our colleague effectively does just that by granting an individual exemption to Mr. G. Our reading-in jurisprudence teaches us that “if it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court” (in this case, allowing *courts* to determine who should and should not be on the *Christopher’s Law* registry), “then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere” (*Ferguson*, at para. 51 (see also para. 50); see also *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paras. 74-75). Put differently, in attempting to provide an effective remedy, courts must not “leap into the kind of decisions and functions for which [their] design and expertise are manifestly unsuited” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 57). This concern, and the related need to avoid dictating the content of new legislation, should govern our decisions on whether to issue an individual exemption (Roach, *Constitutional Remedies*, at §14.901).

[279] La Cour d’appel fait elle aussi remarquer que, comme la *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10 (« *LERDS* »), a été invalidée en Ontario, la législature ontarienne et le Parlement devront se consulter pour trouver la meilleure façon d’accorder des exemptions aux personnes touchées par les dispositions législatives inconstitutionnelles :

[TRADUCTION] Le Parlement et la législature ontarienne disposent de plusieurs moyens pour rendre la loi sur le registre des délinquants sexuels conforme au par. 15(1) de la *Charte*. Ces options font intervenir diverses considérations de principe. Il est également nécessaire que les deux corps législatifs coordonnent leur réponse. Il est préférable de laisser au Parlement et à la législature le soin d’évaluer ces considérations de principe et d’arrêter les modalités de la mise en œuvre d’une stratégie coordonnée. [2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161, par. 150]

[280] Cependant, même si elle reconnaît qu’« une interprétation large [exigeant] [. . .] une évaluation individuelle [. . .] empiéterait sur le domaine législatif » (par. 165), c’est précisément ce que fait notre collègue en accordant une exemption individuelle à M. G. Notre jurisprudence sur l’interprétation large nous enseigne que « [s]’il n’est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal » (en l’espèce, en permettant aux *tribunaux* de décider qui devrait ou non figurer au registre de la *Loi Christopher*), « le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant » (*Ferguson*, par. 51 (voir également par. 50); voir également *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 74-75). Autrement dit, lorsqu’il cherche à accorder une réparation efficace, le tribunal ne doit pas « se lance[r] dans des types de décisions ou de fonctions pour lesquelles il n’est manifestement pas conçu ou n’a pas l’expertise requise » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 57). Cette préoccupation — et la nécessité connexe d’éviter de dicter la teneur de la nouvelle loi — devrait guider nos décisions sur l’opportunité d’accorder une exemption individuelle (Roach, *Constitutional Remedies*, § 14.901).

[281] The legislature may, for example, conclude that only the Ontario Review Board has the requisite expertise to determine whether a person who has been absolutely discharged should be subject to *Christopher's Law*, and that courts are institutionally ill-suited to make any legitimate assessment of persons found NCRMD. Indeed, as J. Barrett and R. Shandler observe, “courts simply lack the medical expertise and institutional knowledge necessary” to assess the dangerousness of a person found NCRMD (*Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (loose-leaf), at §11.1(a)(i)(B), citing *R. v. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (Ont. C.A.), at para. 39; see also *Ferguson* (Ont. C.A.), at para. 11). This is particularly true in the case of sexual offences, given that, according to the evidence of the appellant’s expert, Dr. Hanson, it often takes considerable time for sexual recidivism to manifest. Dr. Hanson, whose evidence was accepted by the application judge, testified that while most non-sexual recidivists will be identified within five years, new sexual recidivists are identified even after long periods, with studies showing that recidivism rates increase significantly after 10 years of being offence-free. This aligns with our collective knowledge that sexual offences, for various reasons, “can all too often be invisible to society” and remain undiscovered for years (*Friesen*, at para. 67).

[282] In light of these considerations, it seems to us profoundly ill-advised for this Court to short-circuit the legislative process and gift unto itself the ability to grant exemptions from the registry, even for Mr. G and even temporarily.

[283] To be clear, we do not say that Mr. G is likely to reoffend. Our point is simply that what Mr. G has shown is that persons found NCRMD who have been granted absolute discharges are

[281] Le législateur peut, par exemple, conclure que seule la Commission ontarienne d’examen possède l’expertise nécessaire pour décider si une personne qui a bénéficié d’une libération inconditionnelle devrait être assujettie à la *Loi Christopher*, et il peut estimer que les tribunaux sont institutionnellement mal outillés pour évaluer comme il se doit les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. En effet, comme le font observer J. Barrett et R. Shandler, [TRADUCTION] « les tribunaux n’ont tout simplement pas les connaissances médicales et institutionnelles nécessaires » pour évaluer la dangerosité d’une personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux (*Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (feuilles mobiles), §11.1(a)(i)(B), citant *R. c. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Ont.), par. 39; voir également *Ferguson* (C.A. Ont.), par. 11). Cela est particulièrement vrai dans le cas des infractions d’ordre sexuel, compte tenu du fait que, selon le témoignage de l’expert de l’appelant, le Dr Hanson, il faut souvent beaucoup de temps avant qu’un délinquant sexuel ne récidive. Le Dr Hanson, dont le témoignage a été accepté par le juge de première instance, a expliqué que, bien que la plupart des récidivistes non sexuels se manifestent à nouveau dans les cinq ans, il faut attendre encore plus longtemps avant de découvrir qu’un délinquant sexuel a récidivé, ajoutant que des études démontrent que le taux de récidive augmente sensiblement après dix ans sans infraction. Ces conclusions concordent avec nos connaissances collectives suivant lesquelles, pour diverses raisons, les infractions d’ordre sexuel « peu[vent] être trop souvent invisible[s] à la société » et demeurer inconnues pendant des années (*Friesen*, par. 67).

[282] À la lumière de ces considérations, il nous semble profondément malavisé que notre Cour court-circuite le processus législatif et s’arroge le pouvoir d’accorder des exemptions à l’obligation d’être inscrit au registre, même dans le cas de M. G, et ce, même temporairement.

[283] Pour être clairs, loin de nous l’idée de dire que M. G est susceptible de récidiver. Nous faisons simplement remarquer que le cas de M. G démontre que les personnes déclarées non responsables

entitled to “opportunities for exemption and removal” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 161), and that this Court cannot assume for itself the mantle of deciding what form these opportunities should take. In other words, the “benefit of [Mr. G’s] success” (*ibid.*, at para. 182) is that, like those who are found guilty of a sexual offence, he is entitled to the *opportunity* for exemption and removal from the registry, not that he must *necessarily* be removed.

[284] We are, further, in respectful disagreement with our colleague’s rationale that judges “are well-suited to deciding and frequently charged with making determinations” such as the one she has made for Mr. G (para. 181). Our colleague points specifically to termination and exemption orders in respect of a person subject to *SOIRA* under ss. 490.016(1) and 490.023(2) of the *Code* (para. 181). Without deciding the issue, we note that appellate courts have concluded that the “very high” standard (*R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at para. 43) to be met by an applicant seeking a termination or exemption order pursuant to these sections *does not* focus on risk. Instead, it focuses on those rare cases where the applicant’s unique circumstances make the impact of registration on their liberty and privacy interests particularly severe and something more than “the normal inconvenience [someone] would incur in complying with the requirements of registration” (*R. v. R.L.*, 2007 ONCA 347, at para. 7 (CanLII); see also paras. 2-6 and 8; see also *R. v. Debidin* (2008), 94 O.R. (3d) 421, at paras. 32, 68, 70 and 80; *Redhead*, at paras. 3, 21, 31 and 37-43). The Court of Appeal for Ontario, for example, has concluded that “[i]t is error to enhance the impact on an offender or to dilute the public interest in registration on the basis of a diminished risk of recidivism. Indeed, it may be open to question whether accurate forecasts of the unlikelihood of recidivism can even be made [by courts]” (*Debidin*, at para. 70). Moreover, we find our colleague’s reference to judicial discretion under *SOIRA* particularly curious, given that Parliament has amended s. 490.012(4) of the *Code*, thereby

criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle ont le droit de se voir offrir « la possibilité d’être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre et d’être retirées de celui-ci » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 161), et que notre Cour ne peut s’approprier la charge de décider de la façon dont cette possibilité devrait leur être offerte. En d’autres termes, « l’avantage [pour M. G] d’avoir eu gain de cause » (*ibid.*, par. 182) réside dans le fait qu’à l’instar des personnes reconnues coupables d’une infraction d’ordre sexuel, il a droit à la *possibilité* de bénéficier d’une exemption et d’être retiré du registre, et non qu’il doit *nécessairement* en être retiré.

[284] En outre, nous sommes respectueusement en désaccord avec le raisonnement de notre collègue selon lequel les juges « sont bien placés pour rendre des décisions et sont souvent appelés à tirer des conclusions » comme celle à laquelle est parvenue notre collègue au sujet de M. G (par. 181). Elle cite expressément le cas des ordonnances de révocation ou de dispense prononcées à l’endroit des personnes assujetties à la *LERDS* en application des par. 490.016(1) et 490.023(2) du *Code* (par. 181). Sans trancher la question, nous tenons à signaler que des juridictions d’appel ont conclu que la norme [TRADUCTION] « très exigeante » (*R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 43) que doit respecter le demandeur sollicitant une ordonnance de révocation ou de dispense en vertu de ces articles *n’est pas* axée sur le risque. Elle s’attache plutôt aux rares cas dans lesquels la situation unique du requérant fait en sorte que son inscription au registre a des conséquences particulièrement graves sur son droit à la liberté et au respect de sa vie privée et déborde [TRADUCTION] « les inconvénients normaux que les exigences de l’inscription au registre causent à [une personne] » (*R. c. R.L.*, 2007 ONCA 347, par. 7 (CanLII); voir aussi par. 2-6 et 8; voir aussi *R. c. Debidin* (2008), 94 O.R. (3d) 421, par. 32, 68, 70 et 80; *Redhead*, par. 3, 21, 31 et 37-43). Par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que [TRADUCTION] « [c]’est une erreur d’alourdir les répercussions que subit un délinquant ou de diluer l’intérêt du public à ce que le délinquant soit inscrit au registre compte tenu du risque moins élevé de récidive. On peut d’ailleurs se demander si [les tribunaux] sont

eliminating the possibility for a sentencing judge to refuse to issue an order to comply with the registry (see *Protecting Victims from Sex Offenders Act*, S.C. 2010, c. 17, at s. 5).

[285] The other two examples our colleague offers, discharges under s. 730 and record suspensions issued by the Parole Board of Canada (not courts) under s. 4.1(1) of the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, do not — as she amply recognizes throughout her reasons — apply to or address the unique circumstances of persons found NCRMD. In any event, these are all modes of assessment that Parliament, not courts, has deemed appropriate.

[286] In conclusion, and with respect, there are unresolved contradictions in our colleague’s reasoning. She accepts that this Court does not have the institutional competence to craft a new regime that would determine who should be on the registry and who should not, evidenced by her decision to issue a declaration of invalidity and not some other remedy. Yet, this decision is ultimately “at cross-purposes” (*Hislop*, at para. 92) with her conclusion that this Court, and thereby other courts, has the institutional competence to assess for itself the level of risk posed by persons found NCRMD and to issue corresponding exemptions.

[287] We add a second reason for not granting an individual exemption here, and generally against establishing a presumption in favour of doing so. Granting an individual exemption in this case, as

en mesure de faire des prédictions justes en matière de probabilité de récidive » (*Debidin*, par. 70). En outre, nous trouvons particulièrement curieux le fait que notre collègue mentionne le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par la *LERDS*, vu que le Parlement a modifié le par. 490.012(4) du *Code*, éliminant par le fait même la possibilité pour le juge chargé de la détermination de la peine de refuser de rendre une ordonnance de se conformer au registre (voir la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, L.C. 2010, c. 17, art. 5).

[285] Les deux autres exemples que notre collègue propose, en l’occurrence l’absolution prévue à l’art. 730 et la suspension du casier judiciaire accordée par la *Commission nationale des libérations conditionnelles* (et non par les tribunaux) en vertu du par. 4.1(1) de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47, ne s’appliquent pas ou ne répondent pas — comme elle le reconnaît amplement dans ses motifs — à la situation unique des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. En tout état de cause, ce sont toutes là des méthodes d’évaluation qui ont été jugées adéquates par le Parlement et non par les tribunaux.

[286] En conclusion, et avec égards, le raisonnement de notre collègue est entaché de contradictions non résolues. Elle reconnaît que notre Cour n’a pas la compétence institutionnelle voulue pour élaborer un nouveau régime qui déterminerait qui devrait être inscrit au registre et qui ne devrait pas l’être, comme en témoigne sa décision de prononcer une déclaration d’invalidité au lieu de toute autre réparation. Pourtant, cette décision « contredirait » (*Hislop*, par. 92) en fin de compte sa conclusion suivant laquelle notre Cour, et par conséquent d’autres tribunaux, a la compétence institutionnelle voulue pour évaluer le risque que présentent les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et pour accorder les exemptions qui en découlent.

[287] Il y a selon nous une deuxième raison de ne pas accorder d’exemption individuelle en l’espèce, et qui milite, de façon générale, contre l’établissement d’une présomption en faveur d’une telle exemption.

in most cases, raises concerns of horizontal unfairness — that is, of treating the litigant better than others who are similarly situated. It is, in our respectful view, inappropriate to reward (even temporarily) only the litigant who was able to fund extensive constitutional litigation. There are undoubtedly other persons found NCRMD — perhaps those who are more vulnerable, or have committed less egregious offences than Mr. G — who are just as, if not more, in need of relief.

[288] Our colleague responds that “the claimant is not in the same position as others subject to the impugned law in a key respect: [he] has done the public interest a service by ensuring that an unconstitutional law is taken off the books” (para. 148). Respectfully, we are unconvinced that there exists any principled reason why an individual constitutional remedy ought to become a device to reward a successful litigant for “brav[ing] the storm of constitutional litigation” (para. 142). The fact that a litigant has prevailed will entitle them to judgment in their favour, and may also entitle them to an order for costs to indemnify them for expenses sustained (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 21). But in a constitutional case involving the validity of a statute of *general* applicability, a litigant should not be entitled to a better or more immediate constitutional remedy than all other persons similarly situated merely because they brought the case. As this Court recognized in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, many members of our society, particularly the marginalized, are simply “unable to participate in a court challenge” for various reasons beyond cost, such as “risk of public exposure [and loss of privacy], fear for [their] personal safety, and the potential loss of social services, income assistance . . . and [future education or] employment opportunities” (paras. 6 and 71). Several of these factors, in addition

Accorder une exemption individuelle dans le cas qui nous occupe suscite, comme dans la plupart des cas, la crainte d’une iniquité horizontale, c’est-à-dire la crainte que le plaideur bénéficie d’un traitement plus favorable que celui réservé aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable. À notre avis, il ne convient pas de récompenser (même temporairement) uniquement le plaideur qui a été en mesure de financer un litige constitutionnel de grande envergure. Il y a sans aucun doute d’autres personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux — et qui sont peut-être plus vulnérables que M. G ou qui ont commis des infractions moins graves que lui — qui ont tout autant, sinon plus, besoin que lui d’une mesure de réparation.

[288] Notre collègue rétorque que « le demandeur ne se trouve pas dans la même situation que les autres personnes assujetties à la loi contestée sous un rapport clé : [il] a servi l’intérêt du public en faisant en sorte qu’une loi inconstitutionnelle soit invalidée » (par. 148). Avec égards, nous ne sommes pas convaincus qu’il existe une raison de principe pour laquelle une réparation constitutionnelle individuelle devrait devenir un moyen de récompenser le plaideur qui a obtenu gain de cause pour avoir « bravé la tempête d’un litige constitutionnel » (par. 142). Le fait que le plaideur a triomphé lui donne droit à un jugement en sa faveur, et peut-être aussi à une adjudication de dépens l’indemnisant des dépenses qu’il a engagées (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 21). Mais dans une affaire constitutionnelle portant sur la validité d’une loi d’application *générale*, un plaideur ne devrait pas avoir droit à une réparation constitutionnelle meilleure ou plus immédiate que toute autre personne se trouvant dans une situation semblable du seul fait qu’il a intenté l’action. Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, un grand nombre de citoyens, en particulier ceux qui sont marginalisés, sont tout simplement « incapable[s] de participer à une contestation judiciaire » pour diverses raisons autres qu’une question de coûts, notamment en raison « des risques liés à une exposition publique [et

to the “stigmatizing, prejudicial notions [that have] led to profound disadvantage for individuals living with mental illnesses” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 62), have no doubt encumbered persons found NCRMD from challenging *Christopher’s Law*. Considered in this light, our colleague’s justification for individual exemptions falls away.

[289] Further, it is worth considering what is to happen if a legislature ultimately decides to deem court-ordered exemptions inappropriate in its future regime. Here the risk of horizontal unfairness, which is associated with the rule of law, and of “creating further inequities” in the process (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 179) looms large, since this leaves all other persons found NCRMD in an inferior position relative to Mr. G, who received a special court-ordered exemption from which they are precluded (see K. Roach, “Dialogic Judicial Review and its Critics” (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49, at p. 84).

[290] In our colleague’s view, a claimant should only be denied an individual exemption for a “compelling reason” (para. 149). She offers two examples. First, an individual exemption should be denied only where it “would undermine the interest motivating the suspension in the first place” (para. 150). She says that, where a declaration is suspended to protect public safety, an individual exemption would be inappropriate if it would endanger public safety. But again, judges are not well-suited to conduct an individualized assessment as to whether an exemption would endanger public safety in cases such as this one, whether evidence of the individual claimant’s situation is available or not.

à une atteinte à leur vie privée], de la crainte pour [leur] sécurité personnelle et de la perte éventuelle de services sociaux, d’aide au revenu, de clientèle et de possibilités [futurs] d’emploi [ou d’études] » (par. 6 et 71). Plusieurs de ces facteurs, en plus des « stigmates et préjugés qui [. . .] ont eu pour effet d’imposer un désavantage considérable [aux personnes souffrant de troubles mentaux] » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 62), ont indéniablement empêché les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux de contester la *Loi Christopher*. Envisagée sous cet angle, la justification invoquée par notre collègue pour accorder des exemptions individuelles ne tient plus.

[289] En outre, il convient de réfléchir sur ce qui arriverait si le législateur décidait au final de désavouer les exemptions ordonnées par un tribunal dans le régime qu’il instaurerait. Il existerait en pareil cas un risque élevé de provoquer une iniquité horizontale, laquelle est associée à la primauté du droit, et, ce faisant, de « créer de nouvelles inégalités » (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 179), car toutes les autres personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux se retrouveraient dans une position inférieure par rapport à celle de M. G, qui aurait bénéficié d’une exemption judiciaire spéciale qui leur est refusée (voir K. Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49, p. 84).

[290] De l’avis de notre collègue, on devrait refuser au demandeur une exemption individuelle uniquement pour une « raison impérieuse » (par. 149). Elle donne deux exemples. Dans le premier, une exemption individuelle ne devrait être refusée que si elle minerait l’intérêt qui motive d’emblée la suspension (par. 150). Selon elle, lorsque l’effet d’une déclaration est suspendu afin de protéger la sécurité du public, une exemption individuelle serait inopportune si elle met en danger la sécurité du public. Mais là encore, les juges sont mal placés pour effectuer une évaluation individualisée en vue de décider si une exemption compromettrait la sécurité du public dans des cas comme celui qui nous occupe, qu’ils disposent ou non d’une preuve au sujet de la situation du demandeur concerné.

[291] Secondly, our colleague says that an individual exemption should be denied where practical considerations such as “judicial economy” (para. 151) make it inappropriate to grant one. She offers the example of a large group of claimants, where it might be impractical or impossible to conduct the individualized assessments necessary to grant individual exemptions to each claimant. We agree that in cases involving a large number of claimants, a court might be disinclined to conduct multiple individual assessments. Indeed, such reticence might well be apt in cases involving a *single* claimant, where — as here — the Court lacks the competence to conduct even a single assessment. This suggests a converse danger, which is that a court confronted with multiple claimants could — as our colleague does in this case — simply skate over the assessments and grant exemptions all around. All that said, we observe that our colleague gives no guidance as to how the practical considerations she raises might, in a difficult case, be weighed against the supposed constitutional imperatives she identifies.

[292] Respectfully, we view our colleague’s reasons on the matter of an individual exemption, considered in their totality, as internally inconsistent. First, they acknowledge that “tailored remedies should only be granted when a court can fairly conclude that the legislature would have enacted the law as it would be modified by the court” (para. 103), and that “although courts are capable of determining what the Constitution requires, they are not well-suited to making ‘*ad hoc*’ choices from a variety of options” (para. 115 (citation omitted)). Then, without *any* evidence of the legislature’s intention and without *any* expert assessment of Mr. G,¹⁴ they grant him an individual exemption. Our colleague’s

¹⁴ We highlight that no forensic risk assessment was ever made as to Mr. G. The respondent’s expert Dr. Brink, did not examine the respondent, nor did the appellant’s expert Dr. Hanson. The only witness who assessed the respondent was his treating physician, who had no expertise in forensic assessment and who was found by both courts below to be unreliable (A.G.O. factum, at para. 96; Sup. Ct. reasons, at paras. 64-68; C.A. reasons, at paras. 48-49).

[291] Dans le deuxième exemple, notre collègue affirme qu’il y a lieu de refuser une exemption individuelle s’il est inopportun d’en accorder une en raison de considérations pratiques telle l’« économie des ressources judiciaires » (par. 151). Elle donne l’exemple d’un groupe important de demandeurs où il ne serait pas pratique — ni même possible — de procéder aux évaluations individuelles nécessaires pour accorder des exemptions à chacun d’eux. Nous convenons que, dans les cas mettant en cause un nombre important de demandeurs, le tribunal sera peut-être peu enclin à effectuer de multiples évaluations individuelles. D’ailleurs, pareille réticence pourrait fort bien être de mise dans les cas où il y a un *seul* demandeur lorsque — comme en l’espèce — la Cour n’a pas compétence pour effectuer ne serait-ce qu’une seule évaluation. Cela dénote le péril inverse : le tribunal en présence de nombreux demandeurs pourrait — comme le fait notre collègue dans la présente affaire — esquiver simplement les évaluations et accorder des exemptions à l’ensemble des demandeurs. Cela dit, nous constatons que notre collègue ne fournit aucune orientation sur la manière dont ces considérations pratiques pourraient être pondérées dans un cas épineux avec les supposés impératifs constitutionnels dont elle parle.

[292] Avec égards, nous estimons que, dans l’ensemble, les motifs de notre collègue sur la question de l’exemption individuelle souffrent d’incohérences internes. Ils reconnaissent tout d’abord que « des réparations adaptées ne devraient être accordées que lorsqu’un tribunal peut équitablement conclure que le législateur aurait adopté les modifications que le tribunal apporterait à la loi » (par. 103), et que « même si les tribunaux sont en mesure de déterminer les exigences de la Constitution, ils ne sont pas aptes à faire “des choix particuliers entre diverses options” » (par. 115 (référence omise)). Puis, sans *la moindre* preuve quant à l’intention du législateur et sans *aucune* évaluation de M. G par un expert¹⁴, ils

¹⁴ Soulignons que M. G n’a jamais fait l’objet d’une évaluation médico-légale des risques qu’il présentait. L’expert de l’intimé, le D^r Brink, n’a pas examiné l’intimé, pas plus que l’expert de l’appelant, le D^r Hanson. Le seul témoin qui a évalué l’intimé est son médecin traitant, qui n’avait aucune compétence spécialisée en matière d’évaluation médico-légale et que les deux juridictions inférieures ont jugé peu fiable (mémoire du P.G.O., par. 96; motifs de la C.S., par. 64-68; motifs de la C.A., par. 48-49).

statements that “the legislature may choose from a range of policy options” (para. 70) or “any form of individualized assessment” (para. 162) are undermined by her later conjecture that it will be “highly unlikely” that Mr. G will be caught by the new legislation (para. 183). In this way, our colleague has usurped the legislative function and is legislating not just in effect, but in fact. In reality, amended legislation may capture Mr. G, or it may not — it is not the role of the judiciary to postulate on whether or how the legislature will respond.

[293] In the end, the proliferation of individual exemptions is simply the unfortunate upshot of failing to properly confine the use of suspended declarations (see Karakatsanis J.’s reasons, at para. 146: “it is a court’s decision to grant a suspension that makes the individual remedy necessary”). We would reject our colleague’s *post-hoc* solution that “[i]ndividual exemptions can temper any further disincentive caused by suspensions” (para. 148). Rather, the more appropriate response is to closely circumscribe the use of suspended declarations, as mandated by the Constitution. Once suspended declarations are properly limited to the exceptional situations where the rule of law is imperilled, the concern for providing an immediate remedy to the claimant fades.

V. Conclusion

[294] For all these reasons, we are unable to join our colleague’s reasons, which to us represent an unbridled expansion of judicial discretion, with regard to issuing both suspended declarations and individual exemptions. We agree with our colleague that *Christopher’s Law* infringes Mr. G’s *Charter* right to equal treatment under the law, and that the declaration of invalidity was properly suspended. However, the suspension should be constitutionally grounded in the principle of the rule of law and the

accordent à ce dernier une exemption individuelle. L’affirmation de notre collègue suivant laquelle « le législateur peut choisir parmi une gamme d’options stratégiques » (par. 70) ou opter pour une « évaluation individuelle » (par. 162) est ébranlée par son hypothèse ultérieure selon laquelle il est « très peu probable » que M. G soit assujéti à la nouvelle loi (par. 183). Notre collègue usurpe ainsi le rôle du législateur et légifère non pas seulement par effet, mais dans les faits. En réalité, peu importe que la loi modifiée vise ou non M. G, il n’appartient pas aux tribunaux de conjecturer sur la suite que le législateur y donnera, le cas échéant.

[293] En fin de compte, la prolifération d’exemptions individuelles n’est que le résultat malheureux d’un mauvais encadrement du recours à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité (voir les motifs de la juge Karakatsanis, par. 146 : « la nécessité de la réparation individuelle découle de la décision du tribunal de suspendre l’effet de la déclaration en cause »). Nous sommes d’avis de rejeter la solution proposée après coup par notre collègue selon laquelle « [l]es exemptions individuelles peuvent également atténuer tous les autres facteurs de dissuasion attribuables à la suspension de l’effet de déclarations » (par. 148). La solution la plus indiquée consiste plutôt à circonscrire étroitement le recours à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité, comme l’exige la Constitution. Une fois qu’on a restreint à juste titre la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité aux situations exceptionnelles dans lesquelles la primauté du droit est en péril, le souci d’accorder une réparation immédiate au demandeur s’estompe.

V. Conclusion

[294] Pour tous ces motifs, il nous est impossible de souscrire aux motifs de notre collègue, qui représentent selon nous un élargissement débridé du pouvoir discrétionnaire des juges, tant en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité que d’octroi d’exemptions individuelles. Nous sommes d’avis, tout comme notre collègue, que la *Loi Christopher* porte atteinte au droit à l’égalité de traitement devant la loi conféré à M. G par la *Charte*, et que l’effet de la déclaration d’invalidité

threat to public safety that would manifest otherwise. Consistent with *Manitoba Reference*, at p. 769, we would have invited submissions from the Attorney General of Ontario as to the minimum period necessary for *Christopher's Law* to be made constitutionally compliant. In the absence of that evidence, we would simply uphold the 12-month suspension of the declaration of invalidity. Consistent with the limited role of the judiciary vis-à-vis the legislature, we would not grant the respondent an individual exemption from that suspension. We would therefore allow the appeal in part.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Swadron Associates Barristers & Solicitors, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Presser Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Empowerment Council: Anita Szigeti Advocates, Toronto; Morphew Symes Menchynski Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Embry Dann, Toronto; Weisberg Law, Toronto.

Solicitor for the intervener David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Mental Health Association, Ontario: McCarthy Tétrault, Toronto.

a été suspendu à bon droit. Toutefois, la suspension devrait reposer constitutionnellement sur le principe de la primauté du droit et la menace à la sécurité publique qui se manifesterait faute de suspension. Conformément au *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 769, nous aurions invité le procureur général de l'Ontario à nous faire part de ses observations quant à la période minimale nécessaire pour rendre la *Loi Christopher* conforme à la Constitution. À défaut de preuve en ce sens, nous sommes d'avis de simplement confirmer la suspension, pour 12 mois, de l'effet de la déclaration d'invalidité. Compte tenu du rôle limité du pouvoir judiciaire vis-à-vis le pouvoir législatif, nous sommes d'avis de ne pas accorder à l'intimé d'exemption individuelle de cette suspension. Nous accueillerons donc le pourvoi en partie.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ et BROWN sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Swadron Associates Barristers & Solicitors, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Presser Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Empowerment Council : Anita Szigeti Advocates, Toronto; Morphew Symes Menchynski Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Criminal Lawyers Association (Ontario) : Embry Dann, Toronto; Weisberg Law, Toronto.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale, Ontario : McCarthy Tétrault, Toronto.

Michael Christopher Delmas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. DELMAS

2020 SCC 39

File No.: 39163.

2020: December 2.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Assessment — Generalizations and stereotypes — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused convicted of sexual assault at trial — Trial judge did not rely on stereotypes in assessment of accused's evidence — Trial judge's error in not conducting voir dire regarding complainant's evidence of past sexual relationship with accused did not give rise to substantial wrong or miscarriage of justice — Conviction upheld.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O'Ferrall, Hughes and Feehan JJ.A.), 2020 ABCA 152, 64 C.R. (7th) 71, [2020] A.J. No. 471 (QL), 2020 CarswellAlta 737 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for sexual assault. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Andrea L. Serink and Alias A. Sanders, for the appellant.

Michael Christopher Delmas *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. DELMAS

2020 CSC 39

N° du greffe : 39163.

2020 : 2 décembre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Généralisations et stéréotypes — Admissibilité — Activité sexuelle de la plaignante — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle au terme du procès — Le juge du procès n'a pas recouru à des stéréotypes dans l'appréciation du témoignage de l'accusé — L'erreur qu'a commise le juge du procès en ne tenant pas de voir-dire relativement au témoignage de la plaignante concernant des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé n'a pas entraîné de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Déclaration de culpabilité confirmée.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges O'Ferrall, Hughes et Feehan), 2020 ABCA 152, 64 C.R. (7th) 71, [2020] A.J. No. 471 (QL), 2020 CarswellAlta 737 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Andrea L. Serink et Alias A. Sanders, pour l'appelant.

Sarah Clive, for the respondent.

Sarah Clive, pour l'intimée.

Mabel Lai, for the intervener.

Mabel Lai, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] MOLDAVER J. — A majority of the Court would dismiss the appeal. The trial judge did not engage in stereotypical reasoning in his assessment of the appellant's evidence. To the extent he may have erred in drawing an illogical inference about the unlikelihood of the appellant having sex with the complainant while he was involved in a relationship with another woman, the error in the view of the majority was harmless having regard to the reasons as a whole, and it occasioned no wrong or miscarriage of justice. Likewise, while the failure to conduct a s. 276 *voir dire* (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) regarding the complainant's evidence of a past sexual relationship with the appellant was an error, it gave rise to no substantial wrong or miscarriage of justice.

[1] LE JUGE MOLDAVER — La Cour est majoritairement d'avis de rejeter l'appel. Le juge de première instance n'a pas appliqué de raisonnement stéréotypé dans son appréciation du témoignage de l'appelant. Dans la mesure où le juge a pu commettre une erreur en tirant une inférence illogique au sujet de l'improbabilité que l'appelant ait eu des rapports sexuels avec la plaignante alors qu'il était engagé dans une relation avec une autre femme, nous estimons à la majorité que cette erreur était inoffensive compte tenu de l'ensemble de ses motifs, et qu'elle n'a entraîné aucun tort ou erreur judiciaire. De même, bien que le fait de ne pas avoir tenu de voir-dire conformément à l'art. 276 (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46) relativement au témoignage de la plaignante concernant des rapports sexuels antérieurs avec l'appelant ait constitué une erreur, cette erreur n'a entraîné aucun tort important ni erreur judiciaire grave.

[2] Justice Côté, dissenting, would allow the appeal for substantially the reasons of O'Ferrall J.A. She would not apply the curative proviso since she is not persuaded that there was no substantial wrong or miscarriage of justice in this case.

[2] La juge Côté, dissidente, accueillerait l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par le juge d'appel O'Ferrall. Elle n'appliquerait pas la disposition réparatrice, car elle n'est pas persuadée qu'il n'y a pas eu tort important ou erreur judiciaire grave en l'espèce.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Serink Law Office, Calgary; Alias A. Sanders Barrister & Solicitor, Calgary.

Procureurs de l'appelant : Serink Law Office, Calgary; Alias A. Sanders Barrister & Solicitor, Calgary.

Solicitor for the respondent: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Procureur de l'intimée : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Awet Mehari *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MEHARI

2020 SCC 40

File No.: 39109.

2020: December 4.

Present: Abella, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility — Uneven scrutiny — Trial judge convicting accused of sexual assault — Majority of Court of Appeal finding trial judge erred in credibility assessment by applying different level of scrutiny to evidence of accused compared to that of complainant and ordering new trial — Trial judge made no error warranting intervention on appeal — Matter remitted to Court of Appeal to decide other grounds of appeal.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Whitmore, Leurer and Kalmakoff JJ.A.), 2020 SKCA 37, 387 C.C.C. (3d) 147, [2020] S.J. No. 100 (QL), 2020 CarswellSask 136 (WL Can.), setting aside the conviction of the accused for sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

W. Dean Sinclair, Q.C., for the appellant.

Aaron A. Fox, Q.C., and *Darren Kraushaar*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] THE COURT — This Court has not decided whether uneven scrutiny, if it exists, can amount to

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Awet Mehari *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. MEHARI

2020 CSC 40

N° du greffe : 39109.

2020 : 4 décembre.

Présents : Les juges Abella, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité — Examen inégal — Juge du procès déclarant l'accusé coupable d'agression sexuelle — Arrêt majoritaire de la Cour d'appel portant que la juge du procès a commis une erreur dans l'appréciation de la crédibilité en soumettant le témoignage de l'accusé à un degré différent d'examen par rapport au témoignage de la plaignante et qu'un nouveau procès doit être ordonné — La juge du procès n'a commis aucune erreur pouvant justifier une intervention en appel — Affaire renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les autres moyens d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Whitmore, Leurer et Kalmakoff), 2020 SKCA 37, 387 C.C.C. (3d) 147, [2020] S.J. No. 100 (QL), 2020 CarswellSask 136 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

W. Dean Sinclair, c.r., pour l'appelante.

Aaron A. Fox, c.r., et *Darren Kraushaar*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA COUR — Notre Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si un examen inégal,

an independent ground of appeal or a separate and distinct error of law. In any event, we see no error in respect of this argument that would have warranted intervention on appeal.

[2] Accordingly, the appeal is allowed and the matter remitted to the Court of Appeal to decide the grounds of appeal the majority did not address.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent: McDougall Gauley, Regina.

si une telle chose existe, peut constituer un moyen d'appel indépendant ou une erreur de droit séparée et distincte. Quoi qu'il en soit, nous ne relevons à l'égard de cet argument aucune erreur qui justifiait une intervention en appel.

[2] Par conséquent, l'appel est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les moyens d'appel que les juges majoritaires n'ont pas examinés.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimé : McDougall Gauley, Regina.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca